DIE ZWANGSVOLLSTRECKUNG IN DIE AUF ABZAHLUNG VERKAUFTE SACHE

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

vorgelegt von
JUNG TSUNG CHEN
aus Taiwan

1972

DIE ZWANGSVOLLSTRECKUNG IN DIE AUF ABZAHLUNG VERKAUFTE SACHE

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

vorgelegt von
JUNG TSUNG CHEN
aus Taiwan

1972

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Tag der Disputation:	30. Mai 1972
1. Berichterstatter:	Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Lüke
2. Berichterstatter:	Prof. Dr. Gerhard Kielwein
Dekan:	Prof. Dr. Rudolf Richter

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	XX
Einleitung: Gegenstand und Ziel der Arbeit	1
1. Kapitel: Der sozialpolitische Schutzgedanke des AbzG und die wirtschaftliche Entwicklung des Abzahlungsgeschäftes	4
I. Zweck des AbzG im allgemeinen	4
1. Die amtliche Begründung zum AbzG	4
2. Übersicht über den Inhalt des AbzG	6
II. Der Zweck des § 5 AbzG im besonderen und die Entwicklung der Rechtsprechung und Lehre	8
1. Die Motive zum § 5 AbzG	8
2. Die Entwicklung der Rechtsprechung und Lehre	9
a) bis zum zweiten Weltkrieg	9
b) nach dem zweiten Weltkrieg	20
III. Neue Überlegung zum Schutz des Abzahlungskäufers angesichts der heutigen wirtschaftlichen Entwicklung des Abzahlungsgeschäfts	23
2. Kapitel: Die rechtsdogmatische Untersuchung	28
I. Die Zwangsvollstreckung des Abzahlungsverkäufers aus dem Kaufpreistitel in die Abzahlungssache	28
1. Die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in die eigene Sache	29
2. Die Pfändbarkeit der Abzahlungssache	36
3. Die Überweisung der Abzahlungssache an den Abzahlungsverkäufer gemäß § 825 ZPO	43

Seite

II. Die Vollstreckungsmaßnahme und die Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG 52

1. Kritik an der Rechtsprechung des BGH 52
2. Kritik an der Lehre 62

III. Die Zwangsvollstreckung Dritter in die Abzahlungssache 82

1. Die Vollstreckung durch den Gläubiger des Abzahlungskäufers 82
2. Die Vollstreckung durch den Gläubiger des Abzahlungsverkäufers 91

3. Kapitel: Eigene Stellungnahme zur Anwendung des § 5 AbzG 96

I. Rücktritt und Wiederansichnahme im allgemeinen 96

II. Die Auswirkung des Eigentumsvorbehalts auf die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG 98

1. Der Fall ohne Eigentumsvorbehalt 98
2. Der Fall mit Eigentumsvorbehalt 101

III. Das Herausgabeverlangen aufgrund des Eigentumsvorbehalts 104

IV. Ergebnis 108

Literaturverzeichnis

Alberty	Die einzelnen Fälle des Rücktritts vom Abzahlungsgeschäft DR 1939, 1776
Asch	Die Ansprüche des Abzahlungsverkäufers im Fall seines Vertragsrücktritts, Gruch 73, 1
ders.	Die Vertragspflichten beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt, AcP 140, 183
Aubele	Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte, Kommentar, 2. Aufl., München und Berlin 1951
ders.	Wirkungen des § 5 AbzG auf die Vertragsstrafe, JW 1914, 179
Aussem und Prahl	Ein Rückgewährungsanspruch des Abzahlungsverkäufers gegen Dritte?, NJW 1966, 1904
Baumbach-Lauterbach	Zivilprozeßordnung, Kommentar, 30. Aufl., München 1970
Baur	Lehrbuch des Sachenrechts, 5. Aufl., München 1969, 6. Aufl., München 1970
Beckmann	Auf dem Weg zum Markenartikel, TW 1970, Januar, S. 8
Benkendorff	Die Anwendbarkeit des § 825 ZPO auf Abzahlungsgeschäfte, JW 1933, 2754
ders.	Abzahlungsgeschäfte und Unpfändbarkeit nach § 811 ZPO, DRpfl. 1937, 113
Blomeyer, Arwed	Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, AcP 162, 193

Blomeyer, Arwed	Abzahlungsgeschäfte und dingliche Sicherheiten, JZ 1959, 15
Blomeyer, Jürgen	Das Besitzrecht des Vorbehaltskäufers aufgrund des Kaufvertrages, JZ 1968, 691
Bull	Rücknahme der Abzahlungssache in der Vollstreckung, DRZ 1958, 117
Burkhardt	Verrechnung von Teilzahlungen des Schuldners während eines Vollstreckungsverfahrens, JurBüro 1965, 674
Cohn	Kann aus Abzahlungskäufen Herausgabe neben Zahlung verlangt werden? Das Recht 1908, 34
Cremer	Die Wiederansichnahme der Abzahlungssache durch den Verkäufer als Rücktritt vom Abzahlungskauf, Kölner Diss. 1950
Crisolli	Zur Zwangsvollstreckung in Abzahlungssachen, JW 1934, 1817
ders.	Die Anträge und der Streitwert bei Klagen aus dem Abzahlungsgeschäft, Sonderdruck aus "Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht", herausgegeben von Prof. von Gierke, 95. Band, Heft 2/3
ders.	Das Reichsgesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. 5. 1894, mit Einleitung, Anmerkungen und Sachregister, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1931
ders.	Die Abzahlungsgeschäfte im Lichte der neuen Rechtsanschauung, JW 1934, 3842
ders.	Entscheidungsanmerkung zum Urteil des LG Breslau vom 6. 4. 1935, JW 1935, 2218

Crisolli-Ostler	Abzahlungsgesetz, 5. Aufl. bearb. v. Ostler, Berlin 1958, 6. Aufl. bearb. v. Weidner, Berlin und New York 1971 (zitiert: Ostler-Weidner)
Danielcik	Fällt die Rücknahme im Wege der Ewangsvollstreckung unter § 5 AbzG? JW 1937, 290
Eichelhardt	Die Zwangsvollstreckung in die auf Abzahlung verkaufte Sache als Wiederansichnahme im Sinne des § 5 Abzahlungsgesetz, Kölner Diss. 1956
Emmerich	Pfandrechtskonkurrenzen, Berlin 1909
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung von Heinrich Lehmann, Tübingen 1958
Enneccerus-Nipperdey	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, bearb. v. Nipperdey, Bd. I 1. und 2. Halbbd., 14. Aufl., Tübingen 1955
Erman-Weitnauer-Klingensporn	Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894, in: Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 3. Aufl., Münster 1962, S. 1670 - 1709, Bd. I, 4. Aufl., Münster 1967, S. 1869 - 1912, mit Nachtragsheft I 1969
Esser	Schuldrecht, I. Bd., Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1968, II. Bd., Besonderer Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1969
Etzold	Die Zwangsvollstreckung des Verkäufers in die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache, Frankfurter Diss. 1928
ders.	Entscheidungsanmerkung zum Urteil des LG Düsseldorf v. 26. 4. 1929 (abgedruckt in JW 1929, 3193), JW 1930, 2083
Ewald	Das geltende Abzahlungsgesetz und seine Reform, Eine richterliche Untersuchung, Heft 6 der Schriftenreihe des Arbeitskreises für Absatzfragen, Köln-Berlin 1956 (zitiert: Ewald, AbzG)

Ewald	Die Zwangsvollstreckung in die auf Abzahlung gekaufte Sache aufgrund eines Zahlungstitels de lege ferenda, AcP 159, 76
ders.	Neues Teilzahlungsrecht, Heft 7 der Schriftenreihe des Arbeitskreises für Absatzfragen, Köln-Berlin 1959
Flechtheim	Die Zwangsvollstreckung in Forderungen aus gegenseitigen Verträgen, ZZP 28, 262
Flume	Entscheidungsanmerkung zum Urteil des BGH v. 16. 4. 1952, JZ 1952, 420
Fromherz	Zwangsvollstreckung in den Anspruch aus einem Kaufvertrag, in welchem dem Verkäufer das Eigentum bis zur Abzahlung vorbehalten ist, ZZP 38, 49
Fuld	Das Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. 5. 1894, Leipzig 1894
ders.	Streitfragen aus dem Gesetz über die Abzahlungsgeschäfte, Gruch 39, 564
Furtner	Die Pfändung eigener Sachen des Gläubigers, MDR 1963, 445
Geiger	Zum Konsumtivkredit heute, TW 1970, März, S. 19
Gerstberger	Beiträge zur Zwangsüberweisung von gepfändeten Sachen an den Gläubiger gemäß § 825 ZPO, JR 1933, 269
Goldschmidt	Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Berlin 1932
Grund	Die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache, NJW 1957, 1216

Hampel	Abzahlungskauf und Zuweisung der Kaufsache an den Verkäufer in der Zwangsvollstreckung, JR 1958, 401
Haring	Die Zwangsvollstreckung des Abzahlungsverkäufers in die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache, NJW 1953, 973
Hausmann	Das Reichsgesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. 5. 1894 nebst der Begründung, Berlin 1894
Hein, Arno	Ist die Arglisteinrede in dem Verfahren nach §§ 766 und 765 a ZPO in der Mobiliarzwangsvollstreckung in die eigene Abzahlungssache zulässig? ZZP 69, 231
Hein, Otto	Abzahlungsgesetz und Kredithäuser, Berlin 1910
Henckel	Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen 1970
Herminghausen	Überweisung zu Eigentum gemäß § 825 ZPO und AbzG, NJW 1954, 667
ders.	Zur Überweisung nach § 825 ZPO, DRiZ 1954, 49
Herschel	Vollstreckungsmißbrauch, Aufrechnung und Abtretung, DGWR 1934, 360
Herzstein	Entscheidungsanmerkung zum Urteil des LG Düsseldorf v. 26. 4. 1929 (abgedruckt in JW 1929, 3193), JW 1930, 3365
Hoffmann-Wilke	Das Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. 5. 1894, 3. Aufl., 1901
Hörle	Abzahlungsgeschäfte, Gruch 55, 177
Hörter	Der finanzierte Abzahlungskauf, Berlin, Zürich, 1969

Immerwahr	Die Pfändung eigener Sache im Falle des Möbelleihkontraktes, DJZ 1905,597
Janka	Rücktritt vom Abzahlungsgeschäft, BB 1950,10
Johannes	Entscheidungsanmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart v. 19.12.1962, NJW 1963,1206
Kaminsky	Denkschrift zur Reform des Abzahlungsgesetzes, TW 1964,73
ders.	Die Kundenstruktur der Teilzahlungsbanken, TW 1971, Januar, S. 8
Kaufmann	Zwangsvollstreckung und Eigentumsvorbehalt, Gruch 53,325
Kisseler	Reform des Abzahlungsgesetzes?, DB 1964, 1615 u. 1652 ff.
Klauß	Abzahlungsgeschäfte, Kommentar, Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16.5.1894, Stuttgart und Köln 1950
ders.	Klage und Vollstreckung bei Abzahlungsgeschäften, NJW 1950, 765
ders.	Aktuelle Probleme des Abzahlungsrechts, JZ 1955, 70
ders.	Die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache, TW 1957, 84
ders.	Zum 70. Geburtstag - Zugleich und vor allem eine ziemlich schonungslose Kritik zweier Entwürfe für ein Teilzahlungsrecht TW 1964,37
ders.	Entscheidungsanmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart v. 6.11.1952, NJW 1953,1066
ders.	Entscheidungsanmerkung zum Urteil des LG Gießen v. 6. 9. 1956, NJW 1957,348

Kleinknecht	Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung des Abzahlungsverkäufers in die Kaufsache, JW 1938,3206
Klunzinger	Zur Einführung gesetzlichen Rücktrittsrechts beim Kauf, ZRP 1970, 270
Koch	Das Abzahlungsgeschäft in Handel und Industrie und seine Finanzierung, Berlin 1931
ders.	Die Entwicklung der dt. Teilzahlungswirtschaft seit 1945 und ihre Problematik, Berlin 1956
Kubisch	Die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache, NJW 1957,568
Kurtze	Besprechung des Kommentars von Crisolli-Ostler, JR 1960,38
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil und Bd. 2, Besonderer Teil, 10. Aufl., Berlin 1970
Lazarus	Das Recht des Abzahlungsgeschäftes, 1898
Lechner	Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte, München 1932
Lent	Anmerkung zu dem Beschluß des AG Bergheim vom 1.9.1952, JR 1953,145
Lent-Jauernig	Zivilprozeßrecht, 14. Aufl., München 1969
ders.	Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 10. Aufl., München und Berlin 1966
Liebs	Reurecht des Käufers an der Haustür?, Göttingen 1970

Lierman	Anwartschaftsrecht des Käufers und Zwangsvollstreckung, JZ 1962,658
Lubbe	Einige Zweifelsfragen bei Klagen aus Abzahlungsgeschäften, JW 1938, 1990
Lüke	Die Zwangsvollstreckung des Verkäufers in die auf Abzahlung verkaufte Sache, JZ 1959,114
ders.	Die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts, JZ 1957,239
ders.	Der Inhalt des Pfändungspfandrechts, JZ 1955,484
ders.	Pfändungsschutz und Arglisteinwand, NJW 1954,1316
ders.	Die Übereignung der gepfändeten Sache durch den Gerichtsvollzieher, ZZP 67, 356
ders.	Die Bereicherungshaftung des Gläubigers bei der Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache, AcP 153,533
ders.	Entscheidungsanmerkung zum Urteil des OLG Hamm v. 25.10.1955, NJW 1956,802
ders.	Der praktische Fall - Zivilprozeßrecht: Die unpfändbare Couch, JuS 1970,630
Martens	Eigenbesitz als wirtschaftliches Eigentum NJW 1962,1849
Martin	Pfändungspfandrecht und Widerspruchsklage, JZ 1966,327
Meyer	Zur Zwangsvollstreckung in Leihmöbel durch den Eigentümer, KGBl 1914,14

Mezger	Das Abzahlungsgeschäft, Teil I, DB 1965,315-319, Teil II, DB 1965,356-358
Mihm	Ausgewählte Rechtsfragen zur heutigen Anwendung des Gesetzes betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894, Hamburger Diss. 1968
Möllers	Entscheidungsanmerkung zum Urteil des LG Hagen v. 3.3.1958, NJW 1958,871
ders.	Der Bundesgerichtshof zur Teilzahlungsfinanzierung, NJW 1967, 1782
Mormann	Die neuere Rechtsprechung, insbesondere des Bundesgerichtshofes, zum Abzahlungsgesetz, WM 1965,834
Müller	Grenzen des Rücktrittsrechts, MDR 1959,3
Noack	Der § 811 Ziff. 5 ZPO im Lichte der Rechtsprechung der Gerichte zu besonderen durch die Praxis aufgeworfenen Fragen, DGVZ 1951, 157
ders.	Der § 811 ZPO in der täglichen Praxis, DGVZ 1955, 58
ders.	Die Übereignung gem. § 825 ZPO der auf Abzahlung verkauften Sache an den Verkäufer, MDR 1969, 180
ders.	Das Abzahlungsgeschäft in der Zwangsvollstreckung, JR 1967,46
Nöldeke	Zur Zwangsüberweisung einer Abzahlungssache an den Abzahlungsverkäufer gemäß § 825 ZPO, NJW 1964,2243
Ochs	Die Berechnung der Wertminderung bei der Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache, NJW 1960,1984

Ohr	Steht das Kahlpfändungsverbot des § 811 ZPO dem Gläubiger auch dann entgegen, wenn er wegen seiner Kaufpreisforderung in die verkaufte Sache vollstreckt? NJW 1954,787
Oertmann	Entscheidungsanmerkung zum Urteil des LG Dresden vom 25. 11. 1925, JW 1926, 725
ders.	Entscheidungsanmerkung zum Urteil des LG Düsseldorf vom 26. 4. 1929, JW 1929, 3193
Ostler	Wieder etwas Neues zum alten Abzahlungsgesetz? JR 1957, 252
ders.	Zur Reform des Abzahlungsgesetzes, JR 1957, 96
Paetsch	Die Rechtsstellung des Verkäufers beim Eigentumsvorbehalt gegenüber dem nicht zahlenden Käufer, 1937
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, bearbeitet v. Danckelmann, Degenhart, Heinz, Heinrichs, Keidel, Putzo, 31. Aufl., München 1972
ders.	Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., bearb. v. Gramm, München 1965, 31. Aufl., bearb. v. Putzo, München 1972
Pauli	Die Zwangsvollstreckung des Abzahlungsverkäufers in die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache, Münchener Diss. 1955
Petermann	Die Reform des Abzahlungsgesetzes, DRpfl. 1970, 79

Petermann	Abzahlungsgeschäfte in der Zwangsvollstreckung, DRpfl. 1958,169
ders.	Entscheidungsanmerkung zum Urteil des BGH v. 6.2.1963, DRpfl. 1963,239
Pikart	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Abzahlungsgeschäft, WM 1961,813
Plum	Entscheidungsanmerkung zum Urteil des RG v. 13.1.1933 (= RGZ 139,205), JW 1933,909
Prahl	Rücktritt des Abzahlungsverkäufers ohne Recht zum Rücktritt?, MDR 1970,206
Priggert	Die Reformbestrebungen zur Neuordnung bzw. Änderung des geltenden Abzahlungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, TW 1960,124, 154 u. 193 ff., TW 1961, 8 u. 43 ff.
Püschel	Die Rechte des Abzahlungsverkäufers beim Zahlungsverzuge des Abzahlungskäufer DR 1939,1044
ders.	Die Pfändung der unter EV verkauften Sache durch den Abzahlungsverkäufer und ihre Wirkungen, LZ 1914,1785
ders.	Die Vollstreckung des Verkäufers in die unter EV verkaufte Sache und § 825 ZPO, JW 1938,3207
Quardt	Lohnabtretung und Abzahlungsgesetz, BB 1967,762
Raiser	Dingliche Anwartschaften, Tübingen 1961
Rau	Widerrufsrecht des Teilzahlungskäufers?, Ein Beitrag zur Reform des Abzahlungsgesetzes, Marburger Diss. 1967

Rautmann	Der Abzahlungsverkehr, seine Finanzierung und Sicherung, Berlin 1930
Reichsgerichtsräte	Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, I. Bd., 1. Teil, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 11. Aufl., Berlin 1959, I. Bd., 2. Teil, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241-432, 11. Aufl., Berlin 1960, II. Bd., 1. Teil, Einzelne Schuldverhältnisse, §§ 433-704, 11. Aufl., Berlin 1959
Reichsgerichtsräte	Kommentar zum HGB, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, Dritter Bd., §§ 343-372, bearb. von v. Godin und Ratz, 2. Aufl., Berlin 1963, Vierter Band, §§ 373-382, bearb. v. Würdinger und Brüggemann, 2. Aufl., Berlin 1961
Rochlitz	Gläubigerinteresse oder Schuldnerschutz?, BB 1951, 983
Röpke	Vorgegessenes Brot, Heft 5 der Schriftenreihe des Arbeitskreises für Absatzfragen, Köln-Berlin 1955
Rosenberg-Schwab	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München und Berlin 1961, 10. Auf., bearb. von Schwab, 1969
Rühl	Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft einschl. des Rechts der Teilzahlungsfinanzierung, Berlin 1930
ders.	Entscheidungsanmerkung zum Beschluß des LG Braunschweig v. 26. 3. 1930 (abgedruckt in JW 1930,1527), JW 1930,3786
Samter	Kommentar zum Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16.5.1894, 1. Aufl., 1911, 2. Aufl., Berlin und München 1927

Scheld	Die Vollstreckung in die dem Gläubiger zur Sicherung übereigneten Sache, JW 1939,140
Schlegelberger	HGB, Erläutert von Geßler-Hefermehl-Hildebrandt-Schröder, 3. Bd., 3. Aufl., Berlin und Frankfurt 1956
Schmidt, Walter	Das Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894 und seine sozialpolitische Bedeutung, Leipziger Diss. 1918
Schmidt, Karsten	Pfandrechtsfragen bei erlaubtem und unerlaubtem Eingriff der Mobiliarvollstreckung in schuldnerfremde Rechte, JuS 1970,545
Schmidt-Wegenast	40 Jahre Kundenkreditbank, TW 1966, Juni S. 115 ff.
Schmitt	Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 6. Mai 1894, 1934
Schneider, Ludorff	Abzahlungsgeschäfte in der Vollstreckung, Das Büro 1952,33 und 71 ff.
Schnitzer	Die Zwangsvollstreckung des Verkäufers in Sachen, die auf Abzahlung geleistet worden sind (Zur Dogmatik des § 5 AbzG), Würzburger Diss. 1968
Schönke-Baur	Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 7. Aufl., Karlsruhe 1963, 8. Aufl., Karlsruhe 1969
Schulz	Zur Übereignung nach § 825 ZPO, DRZ 1933, 115
Seelig	Abzahlungsgeschäfte mit Eigentumsvorbehalt unter Berücksichtigung ihrer zivilprozessualen Streitfragen, Greifswalder Diss. 1917

Selb	Zwangsvollstreckung des Abzahlungsverkäufers in die verkaufte Sache und Wiederansichnahme im Sinne des § 5 des AbzG, JZ 1959,585
Serick	Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung 1. Bd., Heidelberg 1963
Spiro	Die Rechtsbehelfe des Verkäufers bei Verkäufen unter Eigentumsvorbehalt, AcP 133,315
ders.	Zur Pfändung der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Sache durch den Verkäufer, JW 1932, 151
Staud	Klageantrag und Urteilsformel in Abzahlungssachen, Deutsche Justiz 1936,18+3
v. Staudinger	Kommentar zum BGB, I. Bd., Allgemeiner Teil, erläutert von Brändl und Coing, 11. Aufl., Berlin 1957, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, §§ 241-323, erläutert von Werner, 9. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1930, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 2. Teil, §§ 433-610, erläutert von Kiefersauer, Ostler und Riedel, 11. Aufl., Berlin 1955, III. Bd., Sachenrecht, 1. Teil, §§ 854-1017, Erbbaurechtsverordnung, erläutert von Berg, Ring und Seufert, 11. Aufl., Berlin 1956
Stehle	Die entsprechende Anwendung des § 5 AbzG bei der Zwangsvollstreckung des Abzahlungsverkäufers in die eigene Sache, Die Justiz, Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg 1957,95
Stein	Grundfragen des Zwangsvollstreckung, Tübingen 1913

Stein-Jonas-Schönke	Kommentar zur ZPO, 18. Aufl. 1953/60 (bis 1953 bearb. von Schönke, danach von Pohle), 19. Aufl., bearb. von Pohle, 1964, nach 1967 von Grunsky, Leipold, Münzberg, Schlosser und Schumann
Stulz	Besprechung von Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, JW 1930, 2772
Thomsen	Ist bei einer dem Schuldner auf Abzahlung unter Eigentumsvorbehalt käuflich gelieferten und vom Gläubiger gepfändeten Sache Zwangsüberweisung gemäß § 825 ZPO zulässig?, Hans-RGZ 1933 A, 7
v. Tuhr	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Allgemeine Lehren und Personenrecht (1910); II. 1.: Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft (1914); II. 2. (1918)
Ulrich	Die prozessuale Bedeutung des Herausgabeanspruches im Zahlungsvergleich bei Abzahlungsgeschäften, DR 1940,347
Wangemann	Die Zwangsüberweisung und ihre Rechtsbehelfe im Verfahren gemäß § 825 ZPO, NJW 1953, 1012
ders.	Die Zwangsvollstreckung des Abzahlungsverkäufers in die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache, NJW 1952, 1318
ders.	Die Zwangsvollstreckung in die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache, DGVZ 1953,165
ders.	Pfändungsschutz und Arglist bei der Zwangsvollstreckung in Sicherungs- und Vorbehaltseigentum, MDR 1953,593
ders.	Pfändungsschutz und Arglist bei der Zwangsvollstreckung in Sicherungs- und Vorbehaltseigentum, NJW 1954,667

Wangemann	Die Bedeutung des § 5 AbzG für den Zuweisungsantrag gemäß § 825 ZPO, NJW 1956, 732
ders.	Entscheidungsanmerkung zum Urteil des LG Siegen v. 6.8. 1956, NJW 1956, 1928
ders.	Entscheidungsanmerkung zum Urteil des LG Mönchen-Gladbach v. 2.10.1957, NJW 1958,66
ders.	Entscheidungsanmerkung zum Urteil des LG Köln v. 11.12.1957 NJW 1958,504
ders.	Entscheidungsanmerkung zum Urteil des LG Lüneburg v. 6.5. 1958, NJW 1958,1143
Weimar	Rechtsfragen zur Besitz- und Eigentumsverschaffung, MDR 1970,388
ders.	Führt ein einseitiger Verzicht des Abzahlungsverkäufers zum Übergang des Eigentums auf den Käufer?, JR 1958,55
Weipert	Teilzahlungsgeschäft und Versicherung, Karlsruhe 1966
Weitnauer	Neue Entscheidungen zum Abzahlungsrecht, JZ 1968,201
Wendt	Abzahlungsgeschäfte und Finanzierungsinstitute in der Rechtsprechung, MDR 1957,455
Wieczorek	ZPO und Nebengesetze auf Grund der Rechtsprechung kommentiert, Bd. IV, Teil 1: ZPO, 8. Buch: Zwangsvollstreckung, §§ 704-863, Berlin 1958
Winkler	Entscheidungen zum Abzahlungsgesetz, 2. Erg.-Lfg. Frankfurt a.M., Verlag Kommentator, Januar 1963

Wirtschaftsverband Teilzahlungsbanken e.V. — Handbuch der Teilzahlungswirtschaft, Frankfurt a.M. 1959

Wolff-Raiser — Sachenrecht, 10. Aufl., Tübingen 1957

Zinkeisen — Rückgabe von auf Abzahlung gekauften Gegenständen im Wege der Zwangsvollstreckung, HansRGZ 1937 A, 477

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AbzG	Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. 5. 1894
AG	Amtsgericht
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band und Seite)
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGH LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring (Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer)
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT	Bundestag
DB	Der Betrieb
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht (Jahr und Seite)
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (von 1896 bis 1936)

DM	Deutsche Mark
DR	Deutsches Recht (ab 1.4.1939 Wochenausgabe, vereinigt mit Juristischer Wochenschrift)
DRpfl.	Der deutsche Rechtspfleger
DRZ (=DRiZ)	Deutsche Richterzeitung (bis 1935 DRZ, danach DRiZ)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
f.	folgende (Seite)
ff.	folgende (Seiten)
GG	Grundgesetz
Gruch	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, herausgegeben von Gruchot (Band und Seite)
HansRGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchtsrichterliche Rechtsprechung
JR	Juristische Rundschau
JurBüro	Das Juristische Büro (= Das Büro, ab 1955 Das Juristische Büro)
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung (früher Deutsche Rechtszeitschrift und Süddeutsche Juristenzeitung)
KG	Kammergericht
KGBl.	Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts
LG	Landgericht
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGR-Komm.	Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
s.	siehe
S.	Seite
Seuff.Arch.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band und Nummer)
TW	Die Teilzahlungswirtschaft
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung:

Gegenstand und Ziel der Arbeit

Rechtliche Schwierigkeiten ergeben sich, wenn der Abzahlungsverkäufer aufgrund seines Kaufpreistitels gegen den Abzahlungskäufer in die von ihm auf Abzahlung verkaufte Sache vollstreckt. Ausgangspunkt ist folgender Fall:

> Der Käufer hat eine Sache auf Abzahlung von dem Verkäufer gekauft und den Besitz erlangt. Der Verkäufer behält sich aber bis zur endgültigen Zahlung des Kaufpreises das Eigentum vor. Nachdem der Käufer einige Raten gezahlt hat, stellt er seine Zahlungen ein. Der Verkäufer erwirkt sodann gegen den Käufer einen Zahlungstitel und läßt in die Abzahlungssache vollstrecken, da der Käufer kein anderes Vermögen hat. Die Sache wird gepfändet und anschließend versteigert, oder der Verkäufer stellt beim Vollstreckungsgericht gemäß § 825 ZPO den Antrag auf Übereignung der Sache.

Im Hinblick auf die ZPO und das Abzahlungsgesetz tauchen hier drei Fragen auf: ob die Pfändung einer eigenen Sache, ob die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache im Hinblick auf das Abzahlungsgesetz zulässig ist und schließlich, ob die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache wegen der Kaufpreisforderung als Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG und demgemäß als Ausübung des Rücktrittsrechts anzusehen ist. Die letzte Frage soll die Kernfrage in dieser Arbeit werden.

Bisher wird in der überwiegenden Literatur [1] und herrschenden Rechtsprechung [2] die Auffassung vertreten, daß die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG bei bestimmten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen des Verkäufers in die Abzahlungssache gilt. Diese Auffassung erscheint durch die unlängst ergangene Entscheidung des BGH [3] so gefestigt, daß man heute einheitlich von der Anwendung des § 5 AbzG auf alle Zwangsvollstreckungsfälle des Verkäufers sprechen kann. Denn der BGH hat sich im Einklang mit der bisherigen herrschenden Rechtsprechung und Lehre für die Anwendung der Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG ausgesprochen, wenn der Verkäufer wegen der Kaufpreisforderung in die verkaufte Sache vollstreckt und ein Dritter sie ersteigert hat. Im Februar 1964 hat sogar der SPD-Entwurf zum AbzG in § 14 vorgesehen, daß die Rechtsfolge des § 5 AbzG auch dann eintritt, wenn der Verkäufer wegen der Teilzahlungsforderungen die verkaufte Sache im Wege der Zwangsvollstreckung pfänden läßt [4].

Angesichts der überwiegenden Rechtsauffassung scheint es müßig, heute noch die Frage nach der Auswirkung der Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache zu behandeln. Sichtet man aber sorgfältig die dogmatischen Schwierigkeiten, die

---

1) Z.B. Klauß, § 5, Anm. 402 und NJW 1950, 766; Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 123 b; Alberty, DR 1939, 1776; Wangemann, NJW 1952, 1318; NJW 1958, 504; Herminghausen, NJW 1958, 667; Cremer, Kölner Diss., § 9, S. 45 ff.; Pauli, Münchener Diss., S. 37 ff.; Ewald, S. 111; Schnitzer, Würzburger Diss., S. 77; Fürtner, MDR 1963, 445; Nöldeke, NJW 1964, 2243; Staudinger, § 455, Anm. 62; Enneccerus-Lehmann, § 118 B II 1; Hörle, Gruch 55, 193; Crisolli, JW 1934, 1817; Kleinknecht, JW 1938, 3206; Püschel, JW 1938, 3207

2) RGZ 139, 205; 146, 182; BGHZ 15, 171; 15, 241; 19, 326; 22, 123 und 55, 59

3) BGHZ 55, 59 = NJW 1971, 191

4) BT-Drucksache IV/1895. Der Entwurf hatte aber keinen Erfolg.

sich aus der Anwendung des § 5 AbzG auf die Fälle der Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache ergeben, so ist zweifelhaft, ob der von der Rechtsprechung und Lehre heute überwiegend vertretenen Rechtsauffassung uneingeschränkt gefolgt werden kann. Überdies scheint mit Rücksicht auf die Tendenz, den Käufer zu schützen, in der Zukunft die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß der BGH den Anwendungsbereich des § 5 AbzG über die heutige Rechtsprechung hinaus weiter ausdehnt. Ob diese Tendenz der ausdehnenden Auslegung trotz der dogmatischen Schwierigkeiten und der heutigen geänderten Umstände noch sinnvoll ist, sollte bei dieser Gelegenheit auch überprüft werden.

Aus diesen Gründen soll Ziel dieser Arbeit sein, eine umfassende Darstellung der herrschenden Lehre und bisherigen Rechtsprechung im Hinblick auf ihre Entwicklung zu geben und anschließend die bei der Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache auftauchenden Fragen und rechtlichen Schwierigkeiten, die anhand der herrschenden Lehre und Rechtsprechung sich ergeben, eingehend zu erörtern. Aufgrund der durch die Kritik an der herrschenden Lehre erarbeiteten Ergebnisse wird versucht, eine eigene Auffassung zum § 5 AbzG zu entwickeln.

1. Kapitel:

Der sozialpolitische Schutzgedanke des AbzG und die wirtschaftliche Entwicklung des Abzahlungsgeschäftes

I. Zweck des AbzG im allgemeinen

1. Die amtliche Begründung zum AbzG [5]

Die amtliche Begründung des AbzG aus dem Jahre 1893 gibt den Zweck des AbzG an und klärt über die Verhältnisse der damaligen Zeit auf. Vor dem Inkrafttreten des AbzG hatte das Abzahlungsgeschäft in Deutschland schon einen bedeutenden Umfang erreicht. Damals hatten sich infolge starker Vermehrung der Abzahlungshäuser erhebliche Mißstände dadurch ergeben, daß die Abzahlungskäufer unbillig harten Bedingungen ausgesetzt waren. Insbesondere sollte Abhilfe für die Situation geschaffen werden, daß der Käufer durch den Eigentumsvorbehalt, der mit einer Rücktritts- und Verwirkungsklausel gekoppelt war, alle Rechte einschließlich der geleisteten Zahlungen verliert, wenn er seine Verpflichtungen nicht erfüllt. Dies war so sehr zur Regel geworden, daß man einen Abzahlungskauf ohne jene Nebenabreden und insbesondere ohne Verwirkungsklausel kaum als ein Abzahlungsgeschäft gelten lassen wollte [6]. Trotz dieser Mißstände und obwohl man Abzahlungsgeschäfte schon seit 50 Jahren abschloß, ist die Bewegung gegen das Abzahlungsgeschäft erst um die Mitte der achtziger Jahre stärker geworden, nachdem verschiedene Geschäftszweige sich durch die Konkurrenz der Abzahlungsgeschäfte bedroht fühlten [7]. In der öffentlichen Erörterung

---

5) Vgl. Amtliche Begründung zum AbzG, Verhandlungen des Reichstags 1893/94, erster Anlageband, S. 721 - 725

6) Vgl. Hoffmann-Wilke, Einleitung, S. 8 ff.; Aubele, Einleitung I und II

7) Vgl. Hausmann, S. 17

wurde zum Teil die ganze Geschäftsform für wirtschaftlich schädlich erachtet und demgemäß verlangt, daß dem Abzahlungsverkehr als solchem entgegengetreten werde; zum Teil wurde wenigstens auf Maßregeln zur Beseitigung der mit dem Abzahlungsverkehr verbundenen Mißstände gedrungen [8]. Wie in den Motiven hervorgehoben wird, ging die Reichsregierung von dem Grundgedanken aus, "daß das Abzahlungsgeschäft nach Lage der heutigen Verhältnisse unentbehrlich ist" [9]. Unter Berücksichtigung der entgegenstehenden Interessen und Meinungen legte die Reichsregierung Inhalt und Bereich des AbzG fest. Der Zweck des AbzG besteht darin, die Auswüchse des Abzahlungsverkehrs zu bekämpfen. Deswegen versagt das AbzG gewissen vertraglichen Abreden die Wirksamkeit. Die Begründung der Regierungsvorlage lautet wörtlich: "Das Gesetz muß sich deshalb darauf beschränken, bestimmten Abreden die Wirksamkeit zu versagen. Dahin gehören die Verwirkungsklausel, die Vereinbarung über die vom Käufer im Falle der Zurücknahme zu leistende Vergütung, die Festsetzung einer übermäßigen Vertragsstrafe sowie die Vereinbarung der sofortigen Fälligkeit der Restschuld im Falle des Verzuges. Weiter zu gehen erscheint nicht geboten [10]".

In Schrifttum [11] und Rechtsprechung [12] ist die Meinung häufig vertreten, daß das AbzG den Abzahlungskäufer davor schützen wolle, daß er Besitz und Nutzung des Kaufgegenstandes verliere und gleichwohl für die Zahlung des Kaufpreises haftbar bleibe. Betrachtet man die Entstehungsgeschichte und die gesetzliche Begründung des AbzG, so ist festzustellen,

---

8) Vgl. Amtliche Begründung S. 721
9) A.a.O., S. 722
10) A.a.O., S. 723
11) Z.B. Crisolli-Ostler, § 5 Anm. 2
12) RGZ, 146, 182; BGHZ 15, 171

daß das AbzG durch den Gesetzgeber deshalb geschaffen worden ist, weil damals die Mißstände der Abzahlungsgeschäfte unter unbilliger Ausnutzung der Vertragsfreiheit bestanden. Man findet keine Grundlage für eine Verallgemeinerung des von Schrifttum und Rechtsprechung in Anspruch genommenen Schutzgedankens des AbzG [13]. Ein solcher Schutzzweck geht zu weit über die eigentlichen sozialpolitischen Ziele des AbzG hinaus. Diese Meinung ist abzulehnen.

2. Übersicht über den Inhalt des AbzG

Das AbzG ist mit Ausnahme der Strafvorschrift des § 7 ein Teil des bürgerlichen Rechts. Durch den § 7 AbzG wird der Verkauf gewisser Innaberpapiere auf Abzahlung mit Strafe bedroht, um auf diese Weise die Ausbeutung Unerfahrener und den Spielbetrieb zu bekämpfen [14]. Gemäß § 8 AbzG findet das AbzG keine Anwendung, wenn der Empfänger der Ware als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist. Nach § 6 AbzG unterliegen verhüllte Abzahlungsgeschäfte den Bestimmungen des AbzG. Diese Vorschrift beugt einer Umgehung des AbzG vor, weil die wirtschaftlichen Zwecke eines Kaufs auf Abzahlung auch mittels anderer Rechtsgeschäfte verfolgt werden können. Tritt der Abzahlungsverkäufer wegen Nichterfüllung der dem Abzahlungskäufer obliegenden Verpflichtungen von dem Vertrag zurück, so ist jeder Teil nach § 1 AbzG verpflichtet, dem anderen Teil die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Eine Vereinbarung, daß die bezahlten Raten im Fall des Rücktritts verfallen, ist nichtig. § 2 AbzG regelt die Verpflichtungen des Käufers im Falle des Rücktritts des Verkäufers. Der Käufer hat für die infolge des Vertrages gemachten Aufwendungen sowie

---

13) So auch Erman-Weitnauer-Klingensporn, AbzG, Vorbem. II

14) Crisolli-Ostler, Einleitung, Anm. 19

für solche Beschädigungen der Sache Ersatz zu leisten, welche durch ein Verschulden des Käufers oder durch einen sonstigen von ihm zu vertretenden Umstand verursacht sind. Weiterhin hat der Käufer den Wert für die Überlassung des Gebrauchs oder der Benutzung zu vergüten, wobei auf die inzwischen eingetretene Wertminderung der Sache Rücksicht zu nehmen ist. Eine entgegenstehende Vereinbarung, insbesondere die vor Ausübung des Rücktrittsrechts erfolgte vertragsmäßige Festsetzung einer höheren Vergütung, ist nichtig. Gemäß § 3 AbzG sind die nach den Bestimmungen der §§ 1, 2 AbzG begründeten gegenseitigen Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen. Nach § 4 AbzG kann das Gericht die Vertragsstrafe auf Antrag des Käufers durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabsetzen, wenn sie unverhältnismäßig hoch vereinbart wurde. Die vorzeitige Fälligkeit des Kaufpreises durch Verfallklausel kann nur unter den Voraussetzungen eintreten, daß der Käufer mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Raten ganz oder teilweise in Verzug ist und der bereits rückständige Betrag mindestens den zehnten Teil des Kaufpreises der übergebenen Sache gleichkommt.

Am 1. Januar 1970 ist das Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes vom 1. September 1969 in Kraft getreten. Zwei neue Vorschriften wurden in das Abzahlungsgesetz eingefügt. Nach § 1 a AbzG bedarf die auf den Vertragsschluß gerichtete Willenserklärung des Käufers der schriftlichen Form. Die Urkunde muß insbesondere den Barzahlungspreis, den Teilzahlungspreis und den Betrag, die Anzahl sowie die Fälligkeit der einzelnen Teilzahlungen enthalten. Genügt die Willenserklärung des Käufers nicht den Anforderungen des § 1 a Abs. 1 AbzG, so kommt der Vertrag erst zustande, wenn die Sache dem Käufer übergeben wird. Jedoch wird in diesem Falle eine Verbindlichkeit nur

in Höhe des Barzahlungspreises begründet; der Käufer ist berechtigt, den Unterschied zwischen dem Barzahlungspreis und einer von ihm geleisteten Anzahlung in Teilbeträgen nach dem Verhältnis und in den Fälligkeitszeitpunkten der vereinbarten Raten zu entrichten. Gemäß § 6 a AbzG ist für Klagen aus Abzahlungsgeschäften das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk der Käufer zur Zeit der Klageerhebung seinen Wohnsitz, in Ermangelung eines solchen, seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hat [15]. Das Ziel des Änderungsgesetzes ist es, den Verbraucher beim Abschluß und bei der Abwicklung von Abzahlungsgeschäften stärker als bisher zu schützen [16].

II. Der Zweck des § 5 AbzG im besonderen und die Entwicklung der Rechtsprechung und Lehre

1. Die Motive zum § 5 AbzG

§ 5 AbzG lautet: "Hat der Verkäufer aufgrund des ihm vorbehaltenen Eigentums die verkaufte Sache wieder an sich genommen, so gilt dies als Ausübung des Rücktrittsrechts." Als Sinn und Zweck des § 5 AbzG ist in den Motiven [17] ausgeführt: "Regelmäßig tritt der Verkäufer, wenn er die Sache aufgrund des Eigentumsvorbehalts zurücknimmt, auch vom Vertrage zurück. Rechtlich ist indessen das eine mit dem anderen nicht notwendig verbunden, und es wäre möglich, daß, gerade um die Vorschriften der §§ 1, 2 zu umgehen, der Weg gewählt wurde, die Sache zurückzunehmen, ohne doch vom Geschäft zurückzutreten. Da hierdurch tatsächlich der zahlungsunfähige Käufer in gleichem Maße geschädigt, rechtlich aber ein völlig unsicherer Zu-

15) Vgl. BGBl. I, S. 1541, ausgegeben zu Bonn am 4. September 1969. Auch Ostler-Weidner, § 1 a u. § 6 a AbzG

16) Vgl. BT-Drucksache V/2309, Antrag der Fraktion der SPD vom 29. 11. 1967

17) Amtliche Begründung, S. 725 zu § 5

stand herbeigeführt würde, so empfiehlt es sich, der Zurücknahme der Sache für alle Fälle die Bedeutung eines Rücktritts vom Vertrage beizulegen. Es greifen mithin die Bestimmungen des § 2 auch dann Platz, wenn ein Rücktrittsrecht zwar nicht bedungen, der Verkäufer aber in der Lage ist, aufgrund vorbehaltenen Eigentums die verkaufte Sache zurückzunehmen. Da letzteres in denjenigen Rechtsgebieten nicht der Fall ist, in denen dem direkten Eigentumsvorbehalt die Wirksamkeit entzogen ist, so kann hier die Vorschrift nur, wie im § 6 vorgesehen, in entsprechender Weise zur Anwendung kommen. Eine Zurücknahme im Sinne des § 5 ist übrigens stets anzunehmen, wenn der Verkäufer aufgrund des ihm vorbehaltenen Eigentums dem Käufer die Sache wieder entzieht, also auch, wenn er sie infolge besonderer Vertragsabrede zum öffentlichen Verkauf bringt."

Die Vorschrift des § 5 AbzG dient ebenso wie § 1 Abs. 1 Satz 2 und § 2 Abs. 1 Satz 3 AbzG dem Ziele, die Verwirkungsklausel unmöglich zu machen [18]. Der Zweck des § 5 AbzG ist also die Verhinderung einer Umgehung der §§ 1 - 3 AbzG [19]. Aber der Zweck des § 5 AbzG wird durch die Rechtsprechung und Lehre sehr weit über seinen Wortlaut hinaus ausgedehnt.

2. Die Entwicklung der Rechtsprechung und Lehre

a) bis zum zweiten Weltkrieg

Im Jahre 1894 erschienen erstmals drei Kommentare: die von Hausmann, Fuld und Schmitt. Hausmann hat schon in seinem Kommentar die Frage aufgeworfen, wie sich im Falle der zwangsweisen Veräußerung des Vertragsgegenstandes durch einen Dritten das Rechtsverhältnis zwischen dem Abzahlungsverkäufer und dem

18) Vgl. Erman-Weitnauer-Klingensporn, § 5, Anm. 1
19) So Hausmann, § 5, S. 95

Abzahlungskäufer darstellt [20]. Hausmann ist der Ansicht, daß als Zurücknahme der verkauften Sache auch der Fall anzusehen sei, daß die Sache auf Betreiben eines dritten Gläubigers des Käufers im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert werde und der Verkäufer aufgrund seines Eigentums den Erlös von diesem dritten Gläubiger erhalte [20]. Als Begründung wird angeführt, darauf, daß in diesem Fall der Verkäufer nicht die verkaufte Sache, sondern den Auktionserlös derselben an sich genommen habe, dürfe kein entscheidendes Gewicht gelegt werden, weil an die Stelle der nicht wieder zu erlangenden Sache der Preis getreten sei und die Motive (zu § 5) auch in dem infolge besonderer Vertragsabrede vorgenommenen öffentlichen Verkauf der Sache eine Entziehung derselben mit der Wirkung der Zurücknahme nach § 5 erblickten [21]. Durch die Kondiktion des Erlöses seitens des Abzahlungsverkäufers von dem die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubiger werde der Abzahlungskäufer ebenso geschädigt wie durch die direkte Zurücknahme; der Abzahlungskäufer bleibe für seine Schuld dem dritten Gläubiger gegenüber verhaftet [21]. Der im Jahre 1901 erschienene Kommentar von Hoffmann-Wilke hat schon angenommen, daß das Gesetz auch die Fälle, in denen der Verkäufer die Zurückgabe der Sache aufgrund des Eigentumsvorbehalts vom Käufer, der noch in ihrem Besitz sei, fordere, in entsprechender Weise behandelt wissen will; demzufolge brauche der im Besitz der Sache befindliche Käufer dem Verkäufer, der die Herausgabe der Sache aufgrund des Eigentumsvorbehalts fordere, die Sache nur gegen Empfang der dem Verkäufer aufgrund des Gesetzes vom 16. Mai 1894 obliegenden Lei-

---

20) Hausmann, § 1, Anm. 10 B 4, S. 64 und § 5, Anm. 2, S. 95

21) Hausmann, S. 65

stungen zurückzugeben [22]. Diese Ansicht wurde ebenso von Fuld [23], später auch von Hörle [24] und Schmidt [25] vertreten. Der im Jahre 1911 erschienene Kommentar von Samter lehnt die von Hausmann vertretene Meinung ab und meint, eine ausdehnende Interpretation sei unmöglich [26]. Dieser Ansicht hat sich Püschel [27] angeschlossen.

In der Rechtsprechung befaßte sich die Entscheidung des OLG Stuttgart im Jahre 1905 erstmals mit diesen Problemen [28]. Das Gericht vertritt folgende Meinung: Der Verkäufer, welcher Gegenstände auf Abzahlung verkauft habe, sei nicht gehindert, die fälligen Raten im Wege der Zwangsvollstreckung beizutreiben, ohne vom Vertrag zurückzutreten, und sein Vorgehen enthalte noch keine Umgehung des Gesetzes, selbst wenn bei der Zwangsvollstreckung eben die mit Eigentumsvorbehalt verkauften Gegenstände gepfändet und vom Verkäufer ersteigert werden. Die Annahme, die vom Kläger ins Werk gesetzte Pfändung und Versteigerung, deren Zulässigkeit im übrigen nicht zu beanstanden sei, stelle eine Umgehung der Bestimmungen des AbzG dar, sei nicht begründet. Dies wäre dann richtig, wenn das Gesetz jede andere Art der Verwirklichung der Kaufpreisforderung als die durch Ausübung des Rücktrittsrechts verbiete, wenn es also bestimmen würde, daß der Verkäufer, falls der Käufer mit Ratenzahlungen im Rückstand bleibe, diese nicht einklagen und keine Zwangsvollstreckung betreiben, sondern nur den Vertrag auflösen und die verkauften Gegenstände wieder an sich nehmen dürfe. Dies sei

---

22) Hoffmann-Wilke, S. 64 - 65
23) Fuld, Gruch 39, 572
24) Hörle, Gruch 55, 193
25) Schmidt, Leipziger Diss., S. 43 - 46
26) Samter, 1. Aufl., § 1, S. 27
27) Püschel, LZ 1914, S. 1785 ff.
28) Das Recht 1905, S. 285, Nr. 1393

aber nicht bestimmt, vielmehr wolle das Gesetz nur verhindern, daß der Verkäufer, wenn er von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch mache, dies in einer dem Käufer schädigenden Weise tue, und es verbiete daher, daß der Verkäufer, der die verkauften Gegenstände wieder an sich nehme, außerdem auch noch die Zahlung des gesamten Kaufpreises verlange. Gegen diesen Zweck des Gesetzes habe der Kläger nicht verstoßen, wenn er, ohne von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch zu machen, für seine Kaufpreisforderung im Wege der Zwangsvollstreckung aus den an den Beklagten verkauften Gegenständen sich Befriedigung verschafft habe. Die hierdurch bewirkte Sachlage sei keineswegs dieselbe, wie wenn der Kläger von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht und noch die Zahlung des Kaufpreises verlangt hätte. Denn der Kläger habe die Möbel, soweit sie an dritte Personen versteigert wurden, nicht erhalten, sondern nur den hierbei erzielten Erlös; was aber die vom Kläger selbst ersteigerten Stücke anbelange, so habe er auch hier keineswegs Ware und Kaufpreis erhalten, da er ja den Versteigerungserlös hierfür bezahlen oder an seiner Kaufpreisforderung abrechnen mußte. Diese Ansicht wurde von Kaufmann [29] und Aubele [30] für richtig angesehen. Im Gegensatz dazu hat Hörle [31] im Jahre 1911 die Entscheidung des OLG Stuttgart abgelehnt. Hörle hat die folgende Meinung vertreten: Die Anwendung der Vorschrift (§ 5 AbzG) nach ihrem Wortlaut werde dem wirtschaftlichen Zwecke des Abzahlungsgesetzes nicht gerecht. Der Wortlaut müsse sich dem Zwecke unterordnen. Eine Zurücknahme der Sache liege daher nicht nur in jeder Entziehung der Sache aus dem Besitz des Käufers, sondern auch schon in der auf die Entziehung

---

29) Kaufmann, Gruch 53, 347

30) Aubele, § 5, Anm. 10 und 25

31) Hörle, Gruch 55, 193 ff.

gerichteten Geltendmachung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache selbst oder ihres Surrogats. Ein Rücktritt vom Vertrag liege sonach schon vor, wenn der Verkäufer die Herausgabe der Sache an sich oder an einen Gerichtsvollzieher zum Zwecke der öffentlichen Versteigerung verlange oder sie durch den Gerichtsvollzieher habe pfänden oder aufgrund der Pfändung habe versteigern lassen oder in einem von einem Dritten gegen den Käufer eingeleiteten Zwangsvollstreckungsverfahren den Erlös der versteigerten Sache an sich genommen habe oder dessen Herausgabe an sich verlange. In diesen Fällen habe nicht nur mit dem Zeitpunkt der Entziehung der Sache oder ihres Ersatzes, sondern auch schon mit dem Zugehen des Herausgabeverlangens an den Käufer der Rücktritt vom Vertrag mit allen seinen Rechtswirkungen stattgefunden. Dies sei selbst dann der Fall, wenn der Verkäufer die Sache bloß zur Sicherung seines Eigentums und ohne die Absicht, vom Vertrag zurückzutreten, zurücknehme oder die Zurücknahme verlange. Hörle weist darauf hin, daß nach § 5 AbzG in dem Zugriff auf die Sache oder den Erlös die Wirkung des Rücktritts liege und hiermit die zwingenden Rechtsfolgen des Abzahlungsgesetzes eintreten, folglich dem Käufer nicht nur wegen des ihm nach § 1 AbzG zustehenden Anspruchs, sondern auch wegen etwaiger weiterer Gegenansprüche aus Verwendungen auf die Sache aus den §§ 1, 2, 3 AbzG, §§ 320, 273, 1000 BGB die Einrede des nichterfüllten Vertrags und ein Zurückbehaltungsrecht an der Sache zustehe. Er hat dem OLG Stuttgart vorgeworfen, das Gericht eröffne dem Verkäufer die Möglichkeit, nicht nur die Sache selbst oder ihr Surrogat wiederzuerhalten und für seine fälligen Ansprüche befriedigt zu werden, sondern auch die vom Käufer bereits geleisteten Teilzahlungen zu behalten, ohne daß der Käufer die ihm nach § 1 AbzG zustehende Rückzahlung empfange [32].

32) Hörle, Gruch 55, S. 194

Die von Hörle vertretene Meinung wurde vom AG Berlin-Mitte und LG I Berlin [33] übernommen, dagegen sofort von Meyer [34] und Püschel [35] verworfen. Die Entscheidungen des AG Berlin Mitte und des LG I Berlin[33] stellen folgende Rechtsgrundsätze auf: 1. Lasse der Eigentümer von Leihmöbeln solche pfänden und versteigern, so liege darin zumindest ein Verzicht auf sein Eigentum; 2. dadurch, daß der Eigentümer von Leihmöbeln diese pfänden und versteigern lasse, trete er von dem Leihmöbelvertrag zurück; 3. nach § 5 AbzG sei in der Pfändung bzw. Versteigerung der Sachen ein Rücktritt vom Vertrag zu erblicken, und zwar entspreche eine solche Annahme der ausdrücklichen Tendenz des Abzahlungsgesetzes, dem Abzahlungsverkäufer die Möglichkeit zu nehmen, die verkauften Sachen wieder zu erhalten und gleichzeitig die vom Käufer bereits geleisteten Zahlungen zu behalten. Alle diese Rechtsgrundsätze hält Meyer [34] für irrig und weist darauf hin, daß man unter keinen Umständen annehmen könne, daß bereits bei der Pfändung oder der Versteigerung ein Verzicht auf das Eigentum vorliege. Durch die Pfändung und Versteigerung der Sachen trete der Eigentümer auch niemals von dem Vertrag zurück. Meyer meint, daß der Verkäufer die Sache nicht aufgrund seines vorbehaltenen Eigentums pfänden und versteigern lasse, sondern aufgrund seines vollstreckbaren Schuldtitels, welchen er bei Gericht erwirkt hat. Die gegenteilige Ansicht könne auch nicht mit dem wirtschaftlichen Zweck im allgemeinen begründet werden. Das Gesetz gehe nur dahin, Vereinbarungen zu verhindern, welche ohne öffentliche Kontrolle den Verkäufer instandsetzen, die Sache wieder an sich zu nehmen. ohne die Gegenleistung zurückzugewähren. Bei der Pfändung und

---

33) AG Berlin-Mitte und LG I Berlin; vgl. KGBI 1914, 102; KGBI 1915, 38; KGBI 1918, 88

34) Meyer, KGBI 1914, 146 - 147

35) Püschel, LZ 1914, 1785 ff.

der Versteigerung von Sachen könne hiervon aber keine Rede sein. Die Verwertung der Sachen finde vielmehr meistbietend öffentlich statt, so daß das Interesse des Käufers durchaus gewahrt bleibe [34].

Im Jahre 1928 wurde der von Hörle [36] vertretene Standpunkt, daß auch in der Pfändung der Abzahlungssache durch den Verkäufer eine Rücknahme mit den in § 5 AbzG bestimmten Wirkungen liege, von Etzold [37] in seiner Dissertation kritisiert. Etzold war der Ansicht, daß in der Pfändung der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache keine Zurücknahme im Sinne des § 5 AbzG zu erblicken sei [37]. Seine Ansicht wurde um 1930 in stärkerem Maße vertreten [38]. Die von Hörle schon im Jahre 1911 vertretene Ansicht wurde von Lechner [39], Samter [40] und in einigen Entscheidungen weiter beibehalten [41].

Mehrfach war in dieser Zeit die Frage behandelt worden, ob die Selbstersteigerung der Abzahlungssache durch den Verkäufer oder sein Antrag auf Überweisung der Sache gemäß § 825 ZPO als Rücktritt vom Vertrage zu gelten habe. Diese Frage wurde in Entscheidungen zahlreicher Gerichte mit der Erwägung

---

36) S. Hörle, Gruch 55, 193 ff.

37) Etzold, Diss., S. 107 ff.

38) Z.B. LG Düsseldorf, JW 1929, 3193; Herzstein, JW 1930, 3345; Etzold, JW 1930, 2083; Spiro, AcP 133, 331 und JW 1932, 152; Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, 1930, S. 262; Crisolli, 4. Aufl. 1931, § 5, Anm. 87 - 91; LG Nürnberg-Fürth, JW 1934, 1115; OLG Stuttgart, HRR 1934, Nr. 1664

39) Lechner, § 5, S. 30

40) Samter, 2. Aufl., § 5, Anm. 3 b, S. 83

41) Z.B. LG Nürnberg-Fürth, JW 1933, 2163; LG Berlin, JW 1937, 335; OLG Dresden, JW 1937, 2291; JW 1938, 1830

bejaht [42], daß sonst eine Umgehung des Abzahlungsgesetzes stattfinde. Das Ergebnis sei nämlich das gleiche wie bei einer Rücknahme der Sache, weil der Gläubiger den unmittelbaren Eigenbesitz wiedererlange, dem Käufer die im Vertrag zugestandene Benutzung der Sache entziehe und dennoch den Kaufpreisanspruch behalte. Der Verkäufer gelange wieder in den Besitz seiner Sache, ohne daß festgestellt werde, ob er von den gezahlten Raten etwas zurückzahlen und wieviel er sich für die zurückerhaltene Sache auf seine Forderung anrechnen lassen müsse. Diese Umgehung verstoße gegen den Zweck des Abzahlungsgesetzes, wonach der wirtschaftlich schwächere Vertragsteil vor unbilligen Maßnahmen des meist stärkeren Vertragsgegners geschützt werden solle. Der Verkäufer solle niemals die verkaufte Sache zurückerhalten, ohne daß seine aus der Auflösung des Vertrags entstehenden Ansprüche in der vom AbzG vorgeschriebenen Weise nachgeprüft würden und genau festgestellt werde, ob eine Rückzahlung eines Teils der empfangenen Raten stattzufinden habe [42].

Der im Jahre 1931 erschienene Kommentar von Crisolli hat folgende Ansicht vertreten: Die Pfändung und Versteigerung der Abzahlungssachen bedeute keine Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG. Die Pfändung setze den Verkäufer auch nicht in den unmittelbaren Besitz der Abzahlungssachen, so daß auch der gesetzgeberische Grund für die Bestimmung des § 5 AbzG hier entfalle. Die Versteigerung andererseits enthalte den Verzicht des Verkäufers auf das Eigentum, so daß hier erst recht nicht von einer Ansichnahme aufgrund des Eigentums-

---

42) So LG Berlin, KGBI 1926, S. 38; LGI Berlin, JW 1931, 3583; LG Düsseldorf, JW 1931, 2182; LG Nürnberg-Fürth, JW 1933, 2168; LG Nürnberg, JW 1935, 1115; Crisolli, JW 1934, 1817 ff.; OLG Dresden, JW 1937, 2291; LG Dortmund, JW 1938, 1830; Danielcik, JW 1937, 290 ff.; Paetsch, Die Rechtsstellung des Verkäufers beim Eigentumsvorbehalt gegenüber dem nichtzahlenden Käufer, 1937, S. 75; LG Berlin, JW 1938, 2300; a.A. LG Hamburg, JW 1931, 1140; LG Berlin, JW 1934, 1870; Spiro, AcP 130, S. 331

vorbehalts die Rede sein könne. Durch die Pfandverwertung werde der Käufer durch den darin enthaltenen Verzicht des Verkäufers Eigentümer. Gleichzeitig werde - sofern die Vollstreckung nicht ausnahmsweise wegen einer anderen als der Kaufpreisforderung für die Abzahlungssache selbst betrieben werde - der Verkäufer wegen seiner Restkaufpreisforderung befriedigt, soweit der Erlös reiche. Dem Käufer komme also - worauf Rühl (S. 263) bereits mit Recht hingewiesen habe - der wirtschaftliche Wert der Sache zugute.

Das Schutzinteresse des Käufers erfordere demnach nicht die Erstreckung des § 5 AbzG auf diesen Tatbestand. Schließlich würde die entgegengesetzte Meinung zu einer innerlich nicht gerechtfertigten Verschiedenheit der Rechtslage bei einer Pfändung führen, je nachdem, ob der Verkäufer sich das Eigentum vorbehalten hat oder nicht. In dem letzteren Falle könnte auch nach der entgegengesetzten Meinung der § 5 AbzG keine Anwendung finden. Es sei jedoch nicht zu erkennen, warum in diesem Falle der Käufer weniger schutzbedürftig sein sollte als in dem anderen Falle [43]. Aber diese Ansicht wurde im Jahre 1934 durch Crisolli selbst aufgegeben. Er hat in JW 1934, 1817 ff. die Auffassung vertreten, daß in einer Ersteigerung der Abzahlungssachen durch den Verkäufer und in der Stellung eines Antrages auf deren Übereignung gemäß § 825 ZPO in der Regel ein Rücktritt des Verkäufers zu sehen sei. Als Grund für die Änderung seiner Ansicht führte Crisolli aus, die von den Gerichten im Zuge der neuen Rechtsentwicklung in schärferem Maße vorgenommene Nachprüfung der Ansprüche des Abzahlungsverkäufers bei Rücknahme der auf Abzahlung verkauften Sachen nach § 2 AbzG habe dazu geführt, daß die Abzahlungsverkäufer es des

43) Crisolli, 4. Aufl., § 5, Anm. 87 - 91

öfteren unternehmen, diese Nachprüfung zu umgehen. Sie versuchten dies in der Hauptsache dadurch, daß sie, falls es sich um pfändbare Gegenstände handele, nicht mehr auf Herausgabe klagten, sondern nur die Kaufpreisklage erheben, um dann die Abzahlungssachen selbst zu einem möglichst geringen Preis zu ersteigern oder sich im Wege des § 825 ZPO übereignen zu lassen. Es erscheine daher notwendig, Lehre und Rechtsprechung auf diese Umgehungsversuche hinzuweisen und zur Nachprüfung der Rechtslage zu veranlassen [44]. Crisolli betont, daß eine Umgehung des aus sozialpolitischen Erwägungen ergangenen AbzG der neuen Rechtsentwicklung nicht entspreche [45] und die neue Rechtsentwicklung die Vereinfachung und Beschleunigung der Rechtspflege sowie die Prozeßökonomie fordere [46]. Daher fordert Crisolli, daß das Vollstreckungsgericht, das über den Antrag gemäß § 825 ZPO zu befinden hat, die dem Abzahlungsverkäufer zustehende Herausgabeklage vorwegnimmt und den Antrag gemäß § 825 ZPO so behandelt, als handele es sich um ein Herausgabeverlangen aus § 1 AbzG [46]. Dabei müsse die Beachtung der Ziele der neuen Rechtsentwicklung dazu führen, daß die Zug-um-Zug-Erfüllung der gegenseitigen Ansprüche nach §§ 1, 3 AbzG von Amts wegen vorzunehmen sei [46]. Crisolli sieht weiter in einer Ersteigerung der Abzahlungssachen durch den Verkäufer und in der Stellung eines Antrags auf deren Übereignung gemäß § 825 ZPO regelmäßig einen Verstoß gegen § 826 BGB. Daher könne der Abzahlungskäufer verlangen, daß ihm jeder durch die Umgehung des AbzG - das sei die wider die guten Sitten ver-

---

44) Crisolli, JW 1934, 1817
45) Crisolli, a.a.O., S. 1818
46) Crisolli, a.a.O., S. 1820

stoßende Handlung - entstandene Schaden, mit dem der Abzahlungsverkäufer rechnen mußte [47], ersetzt werde. Crisolli versucht mit der ausdehnenden Auslegung des AbzG den Abzahlungsverkäufer zu zwingen, statt der Kaufpreisklage die Herausgabeklage zu erheben. Dadurch allein werde die wirtschaftliche Schädigung des Abzahlungskäufers verhindert. Er schlug vor, dem § 5 AbzG folgenden zweiten Satz hinzuzufügen: "Das gleiche gilt, wenn der Verkäufer die Sachen in der Zwangsvollstreckung erwirkt oder durch einen Dritten für sich erwerben läßt oder einen Antrag auf ihre Übereignung gemäß § 825 ZPO stellt, falls die Zwangsvollstreckung aufgrund eines Titels erfolgt, dem ein Anspruch aus dem Vertrage zugrunde liegt." [47]

Im Jahre 1933 hatte das RG in RGZ 139, 205 erstmals zum Zwecke des Abzahlungsgesetzes und zu den Voraussetzungen des § 5 AbzG Stellung bezogen: Wenn der Kaufgegenstand, wenn auch nur vorläufig, aufgrund einer einstweiligen Verfügung zwangsweise einem Sequester als Treuhänder beider Parteien des Abzahlungsgeschäftes übergeben werde, so liege hierin eine Zurücknahme der Kaufsache im Sinne des § 5 AbzG. Das Abzahlungsgesetz verfolge nicht den Zweck, den Verkäufer an der Erlangung übermäßiger Sicherungen oder Vorteile zu hindern, sondern wolle den Käufer davor schützen, daß er Besitz und Nutzungen der Kaufsache verliere, obwohl er für die Zahlung des Kaufgeldes haftbar bleibe. Es komme also nicht darauf an, ob der Verkäufer den alleinigen Besitz der Kaufsache zurückerlange, sondern darauf, ob der Käufer auf Veranlassung des Verkäufers den Besitz einbüße, der es ihm ermögliche, die Sache zu

47) Crisolli, a.a.O., S. 1821/22

nutzen. Ob dies geschehe, ist im Einzelfall unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Denn, wie namentlich § 6 AbzG erkennen lasse, komme es bei der Anwendung des Gesetzes in erster Linie auf den wirtschaftlichen Erfolg der jeweils gegebenen Sachlage an. Wirtschaftlich sei es aber für den Käufer ganz gleich, ob ihm der unmittelbare Besitz und damit die Nutzungsmöglichkeit zum Zwecke der Zurückgabe der Kaufsache an den Verkäufer oder zum Zwecke ihrer amtlichen Verwahrung genommen werde. Die Vollziehung der einstweiligen Verfügung wirke also gemäß § 5 AbzG als Rücktritt der Kläger vom Vertrag.

b) nach dem zweiten Weltkrieg

Seit Ende des zweiten Weltkrieges hat der BGH den § 5 AbzG in seiner Rechtsprechung weit über den Wortlaut hinaus ausgedehnt und entwickelt. Nach dem Urteil des BGH vom 2. 2. 1954 [48] liegt eine Wiederansichnahme der Kaufsache im Sinne des § 5 AbzG auch dann vor, wenn der Verkäufer durch Handlungen des Käufers es als notwendig erachten mußte, die Kaufsache zurückzunehmen. Es kommt nicht darauf an, von wem der Anstoß dazu ausgegangen ist. Der BGH stützt sich auf RGZ 144, 62 und sieht eine Wiederansichnahme im allgemeinen schon in dem ernstlichen und begründeten Rückgabeverlangen des Verkäufers, stets jedoch in einer Herausgabeklage [49].

Die vor dem zweiten Weltkrieg in der Lehre umstrittene Frage, ob die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache aufgrund der Kaufpreisforderung die Rücktrittswirkungen des § 5 AbzG auslöst, wurde vom

48) NJW 1954, 1001 = BGH LM § 5 AbzG, Nr. 2
49) BGH, Urt. v. 27. 3. 1952 = BGH LM § 6 AbzG, Nr. 2

BGH entschieden. Nach Ansicht des BGH in BGHZ 15, 171 ist in dem Verhalten des Abzahlungsverkäufers in entsprechender Anwendung des § 5 AbzG ein Rücktritt des Abzahlungsverkäufers vom Kaufvertrag zu erblicken, wenn ein Abzahlungsverkäufer in einem von ihm betriebenen Zwangsversteigerungsverfahren die von ihm an den Abzahlungskäufer verkaufte Sache ersteht, um sich wegen seiner Kaufpreisforderung zu befriedigen. Die Regelung des § 5 AbzG tritt nach BGHZ 15, 241 auch dann ein, wenn der Verkäufer wegen der Kaufpreisforderung in die Abzahlungssache vollstreckt und sie sich nach § 825 ZPO vom Vollstreckungsgericht zu Eigentum überweisen läßt. Nach BGHZ 19, 326 kann der Abzahlungsverkäufer die Anwendung des § 5 AbzG nicht dadurch ausschließen, daß er auf das zunächst vorbehaltene Eigentum verzichtet, bevor er die Kaufsache in der gegen den Abzahlungskäufer durchgeführten Zwangsversteigerung erwirbt. Zur Begründung führt der BGH aus, daß die Anwendung des Abzahlungsgesetzes nicht von der Erfüllung einzelner gesetzlicher Tatbestandsmerkmale abhängig sein könne [50]. Die Frage, ob § 5 AbzG auch Anwendung findet, wenn ein Dritter in der vom Verkäufer betriebenen Zwangsvollstreckung die Abzahlungssache erwirbt, hat der BGH in neuerer Zeit in BGHZ 55, 59 bejaht. Der Senat sieht keine ausreichende Veranlassung, von der bisherigen Rechtsprechung des BGH abzuweichen und stellt fest, daß generell die Verwertung der Sache in der Zwangsvollstreckung auf Betreiben des Verkäufers die Folgen des § 5 AbzG auslöst.

Der BGH hat den vom RG im RGZ 139, 205 und in RGZ 146, 182 entwickelten angeblichen Schutzzweck des Abzahlungsgesetzes in den Vordergrund gestellt, wonach das

---

50) BGHZ 19, 326

Abzahlungsgesetz den Käufer davor schützen wolle, daß er Besitz und Nutzungen des Kaufgegenstandes verliere, obwohl er für die Zahlung des Kaufpreises haftbar bleibe [51]. Daher komme es nicht darauf an, ob der Verkäufer den alleinigen Besitz der Kaufsache zurückverlangt, sondern darauf, ob der Käufer auf Veranlassung des Verkäufers den Besitz und damit die Nutzungsmöglichkeit einbüßt [52].

Betrachtet man diese vom RG und vom BGH entwickelte Rechtsprechung im ganzen, so wird deutlich, daß der BGH in dreifacher Hinsicht vom Wortlaut des § 5 AbzG abgewichen ist. Er verlangt keine Wiederansichnahme der Sache durch den Verkäufer, sondern nur den Verlust der Nutzungsmöglichkeit des Käufers; er sieht von der Voraussetzung der Wiederansichnahme aufgrund des Eigentumsvorbehalts ab und läßt stattdessen genügen, daß der Käufer auf Veranlassung des Verkäufers den Besitz der Sache einbüßt, und schließlich wendet er § 5 AbzG auch dort an, wo ein Eigentumsvorbehalt des Verkäufers nicht vereinbart worden ist [53].

Die überwiegende Lehre [54] betont nach dem zweiten Weltkrieg wieder stark den sozialen Schutzcharakter des AbzG wie in der Zeit nach dem ersten Weltkrieg. Sie folgt bei der Auslegung des § 5 AbzG dem RG und dem BGH. Nach dem Erscheinen der bedeutsamen Ent-

---

51) BGHZ 15, 171; 15, 241; 22, 123

52) NJW 1954, 1001 = BGH LM § 5 AbzG, Nr. 2

53) Vgl. Lüke, JZ 1959, 114 - 115; Erman-Weitnauer-Klingensporn, § 5, Anm. 3; Mormann, WM 1965, 182

54) So Klauß, § 5, Anm. 402 und JZ 1955, 70 ff.; Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 101 ff.; besonders Anm. 123 b; Wangemann, NJW 1952, 1318 und NJW 1958, 504; Herminghausen, NJW 1958, 667; Pauli, Münchener Diss., S. 37 ff.; Ewald, S. 111; Cremer, Kölner Diss., § 9, S. 45 ff.; Kubisch, NJW 1957, 568 ff.; Hampel, JR 1958, 401; Petermann, DRpfl. 1958, 169; Furtner, MDR 1963, 445; Nöldeke, NJW 1964, 2243; Staudinger, § 455, Anm. 62; Enneccerus-Lehmann, § 118 B II 1; Schnitzer, Würzburger Diss., S. 77; Ostler-Weidner, § 5, Anm. 2 - 8 und 101 - 159

scheidungen BGHZ 15, 171 und BGHZ 15, 241 im Jahre 1954 haben einige Autoren [55] ihre Bedenken angemeldet. Mormann [56] und Weitnauer-Klingensporn [57] haben im Jahre 1965 und 1967 angesichts der mißlichen Ergebnisse der ausdehnenden Anwendung des § 5 AbzG auf die Zwangsvollstreckung gefordert, im Falle der Ersteigerung der Abzahlungssache durch einen Dritten die Rücktrittsfolge zu verneinen und die Kaufpreisforderung abzüglich des Versteigerungserlöses aufrechtzuerhalten. Aber diese Mindermeinung wird wegen der sozialpolitischen Tendenz nicht vom BGH berücksichtigt.

III. Neue Überlegung zum Schutz des Abzahlungskäufers angesichts der heutigen wirtschaftlichen Entwicklung des Abzahlungsgeschäfts

Obwohl der Gesetzgeber im Jahre 1894 unter sorgfältiger Abwägung aller Für und Gegen hinsichtlich eines weiteren Eingriffs die beim Abzahlungsgeschäft entstandenen Mißstände rechtlich entsprechend beseitigt hatte, wird der Schutz des Abzahlungskäufers wegen des sozialpolitischen Gedankens später immer betont. Der Hintergrund dieser Tendenz lag nicht in den gesetzlichen Mängeln, sondern in der schlechten wirtschaftlichen Lage des Abzahlungskäufers und in der negativen Haltung der Öffentlichkeit gegen das Abzahlungsgeschäft. Die Abzahlungskäufer gehörten überwiegend den wirtschaftlich schwachen Schichten an [58]. Die auf Abzahlung gekauften Gegenstände waren mei-

---

55) Z.B. Lüke, JZ 1959, 114; Selb, JZ 1959, 585; Wendt, MDR 1957, 455

56) Mormann, WM 1965, S. 834 ff.; besonders S. 836

57) Erman-Weitnauer-Klingensporn, Vorbem. II und § 5, Anm. 5

58) Crisolli, AbzG, 4. Aufl., S. 26

stens für das Leben und die Berufstätigkeit notwendige Sachen [59]. Insbesonders wuchs für die Käuferschicht, deren Einnahmen infolge des Krieges und der Inflation erheblich geringer geworden waren, in erhöhtem Maße das Bedürfnis, diese Waren in Raten zu bezahlen [60]. Demgegenüber wurden die wirtschaftlich starken Abzahlungsverkäufer und die Finanzierungsinstitute als Ausbeuter des Abzahlungskäufers angesehen. Die negative Haltung der Öffentlichkeit gegenüber dem Abzahlungsgeschäft war so stark, daß man die Abzahlungsverkäufer als Ausbeuter hinstellte, wenn die Abzahlungskäufer irgendwie in Zahlungsschwierigkeiten gerieten [61]. Ferner betrachtete man unter dem traditionellen volkswirtschaftlichen Gesichtspunkt die Abzahlungskredite als ungesunde Verbraucherkredite und betonte die allgemeinen volkswirtschaftlichen Gefahren, z. B. Konkurrenzkauf, unseriöse Abzahlungsverkäufe, Lohnpfändung und keine Erhöhung der Produktionskraft usw. [62] Sieht man die Bestrebungen zur Reform des AbzG von 1954 bis 1964 [63], so zeigt es sich, wie sehr eine Verstärkung des Schutzes des Abzahlungskäufers unter dem sozialpolitischen Gesichtspunkt gefordert wurde, obwohl die Voraussetzungen für eine sachgerechte Reform nicht vorlagen [64]. Es ist

---

59) Vgl. Drucksachen des Reichstages 1892/93, Nr. 69, S. 4 ff.

60) Vgl. Rautmann, Der Abzahlungsverkehr, seine Finanzierung und Sicherung, S. 5 ff.; Koch, Das Abzahlungsgeschäft in Handel und Industrie und seine Finanzierung, S. 46 ff.; Hörter, Der finanzierte Abzahlungskauf, S. 18 ff.

61) Z.B. Bruniecke, DR 1939, 843 ff.; Bruniecke lehnt den liberalistischen Abzahlungsgedanken als überholt ab und stellt die Abzahlungsgeschäfte entsprechend der nationalsozialistischen Wirtschaftsauffassung als ein Übel dar.

62) S. Bley, Tatsachen über Kredit und Kreditmißbrauch, S. 8 ff.; Röpke, Borgkauf im Lichte sozialethischer Kritik, S. 10 ff.; Ewald, AbzG, S. 79 ff.

63) S. Entwurf eines Gesetzes über Teilzahlungsverträge, BT-Drucksache IV/1895; Entwurf eines Abzahlungsgesetzes, BT-Drucksache IV/1864

64) Kiesselen, DB 1964, 1655

zwar richtig, daß beim Abschluß des Abzahlungsgeschäftes "an der Haustür" gewisse Mißstände bestehen, aber dies ist kein spezielles Problem des Abzahlungsgeschäfts, sondern ein allgemeines Problem des Reisegewerbes. Dieses Problem kann nicht allein durch die Reform des AbzG im allgemeinen beseitigt werden.

Betrachtet man die heutige soziale und wirtschaftliche Wirklichkeit, so erkennt man, daß sie sich strukturell verändert hat. Der Industrialismus hat zu einem ständigen Anwachsen des Realeinkommens geführt und die Lebensverhältnisse und -bedingungen grundlegend geändert [65]. Das Abzahlungsgeschäft ist heute nicht mehr wie im Jahre 1894 vorwiegend die Geschäftsart, mit der sich der sozial schwache Verbraucher die verhältnismäßig geringwertigen Güter seines persönlichen Bedarfs beschafft. Vielmehr erstreckt sich das Abzahlungsgeschäft auf hochwertige Güter und Luxusartikel [66]. In der heutigen Wohlstandsgesellschaft ist der Konsumentenkredit kein "vorgegessenes Brot" mehr, sondern wird in seinem moralischen Rang dem Unternehmerkredit völlig gleichgestellt [67]. Der Teilzahlungskredit ist vom Notstandskredit zum Wohlstandskredit geworden. Den Kreditnehmer der Teilzahlungsbanken als "armen Mann" zu bezeichnen oder zu behaupten, daß nur die Ärmeren auf Raten kaufen, während die Wohlhabenden bar zahlen, ist heute nicht mehr haltbar [68]. Es ist festgestellt worden, daß das Teilzahlungsgeschäft mit dem Einkommen fast parallel

---

65) Vgl. Handbuch der Teilzahlungswirtschaft, S. 139

66) Vgl. Hörter, Der finanzierte Abzahlungskauf, S. 32 f. Die Teilzahlungsobjekte sind außer Nähmaschinen, Möbel, Radio, Fernsehen, Kühlschrank, Textilhausrat und Autos heute auch Flug- und Ferienreisen, Gemälde, Kunstwerke, Aktien und Wohnungen.

67) S. Beckmann, TW 1970, Januar, S. 8

68) Vgl. Kaminsky, TW 1971, Januar, S. 8; Hörter, a.a.O., S. 31 f.

wächst [69]. Die besser verdienenden Bundesbürger kaufen zwar bei kleineren Artikeln weniger auf Abzahlung; um so mehr steigt aber der Bedarf an größeren Teilzahlungskrediten [70]. Betrachtet man die pro-Kopf-Verschuldung in den einzelnen Ländern, z. B. in den USA mit ca. 1.200,-- bis 1.500,-- DM, in Kanada mit 300,-- DM, in Schweden und Großbritannien mit ca. 230,-- DM, in Deutschland und Dänemark mit 150,-- DM [71], so zeigt es sich, daß der Abzahlungskauf nicht nur von der "armen" Bevölkerung, sondern auch häufig von der besser verdienenden Bevölkerung in Anspruch genommen wird. Unter Berücksichtigung dieser wirtschaftlichen Entwicklung des Abzahlungsgeschäfts geht der von der Rechtsprechung und Lehre aufgestellte Schutzgedanke fehl.

Ferner kann man heute sagen, daß die Ziele, die der Gesetzgeber sich im Jahre 1894 setzte, schon erreicht wurden. Die damals wegen der unbilligen Ausnutzung der Vertragsfreiheit entstandenen Mißstände der Abzahlungsgeschäfte wie z. B. die Verwirkungsklausel, wurden durch die zwingenden Vorschriften des Abzahlungsgesetzes beseitigt. Umgehungsgeschäfte und harte Abreden wurden kaum mehr bekannt [72]. Trotzdem verstärken §§ 1 a und 6 a AbzG weiter den Schutz des Abzahlungskäufers. Wenn die Abzahlungskäufer beim Abschluß des Abzahlungskaufs den Unterschied zwischen dem Barzahlungspreis und dem Teilzahlungspreis bemerken und ihre finanzielle Belastung überdenken, reicht das Abzahlungsgesetz als Schutz für den Abzahlungskäufer aus. Lediglich durch die Tat-

---

69) Vgl. Hörter, a.a.O., S. 32

70) Hörter, a.a.O., S. 32. Z. B. bei der Kundenkreditbank betrugen die durchschnittlichen Kreditbeträge im Jahre 1953 262,-- DM, im Jahre 1965 1.614,-- DM, im Jahre 1966 1.564,-- DM, im Jahre 1967 1.659,-- DM. Vgl. weiter TW 1966, Juli, S. 116; TW 1970, März, S. 19 und TW 1971, März, S. 6

71) S. Hörter, a.a.O., S. 32

72) So auch Klauß, JZ 1955, 70; Kisseler, DB 1964, 1617 f.

sache, daß der Käufer die Sache auf Abzahlung kauft, wird er nicht so schutzwürdig, daß er besser als jeder andere Käufer geschützt werden muß. Falls der Abzahlungskäufer aus irgendwelchen Gründen seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommt und der Verkäufer wegen des Restkaufpreises in die Abzahlungssache vollstreckt, wäre es im Hinblick auf die heutige wirtschaftliche Wirklichkeit vernünftig, daß man die Verwertung der Abzahlungssache und die Verrechnung des Erlöses auf Restkaufpreis ohne Anwendung des § 5 AbzG zuläßt, zumindest aber den Anwendungsbereich des § 5 AbzG nicht weiter über die bisherige Rechtsprechung hinaus bei der Zwangsvollstreckung ausdehnt. Denn heute soll die Aufgabe des AbzG die Aufrechterhaltung der Billigkeit des Abzahlungsgeschäfts sein und damit die gesunde Entwicklung des Geschäftsverkehrs fördern.

2. Kapitel:

Die rechtsdogmatische Untersuchung

I. Die Zwangsvollstreckung des Abzahlungsverkäufers aus dem Kaufpreistitel in die Abzahlungssache

Der Eigentumsvorbehalt ist kein Wesensmerkmal des Abzahlungsgeschäfts [73]. Aber der Eigentumsvorbehalt kommt am häufigsten in Verbindung mit dem Abzahlungskauf vor. Ein Abzahlungskauf ohne Eigentumsvorbehalt ist in der Praxis sehr selten. Wenn sich der Abzahlungsverkäufer bis zur völligen Bezahlung des in Raten zu entrichtenden Kaufpreises das Eigentum an der Abzahlungssache vorbehalten hat und wegen der Restkaufpreisforderung in die sich im Gewahrsam des Abzahlungskäufers befindliche Vorbehaltssache vollstreckt, ist es fraglich, ob die Zwangsvollstreckung des Verkäufers in seine eigene Sache überhaupt zulässig ist. Würde man diese Frage im allgemeinen verneinen, so wäre damit die Frage nach der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in die Vorbehaltsabzahlungssache auch beantwortet, weil die Vorbehaltsabzahlungssache insoweit keine Besonderheit aufweist. Ferner fragt es sich, ob die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache im Hinblick auf das Abzahlungsgesetz zulässig ist. Stellt der Abzahlungsverkäufer aber den Antrag, ihm die noch gehörende Abzahlungssache gemäß § 825 ZPO unter Festsetzung eines bestimmten Preises zu Eigentum zu überweisen, so wird gefragt, ob das Vollstreckungsgericht einem solchen Antrag stattgeben darf oder nicht. Diese Fragen werden im folgenden erörtert und beantwortet.

---

73) Ostler-Weidner, § 5 Anm. 61; Klauß, § 1, Anm. 43

1. Die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in die eigene Sache

Eine früher verbreitete Lehre hält die Pfändung eigener Sachen für unzulässig [74]. Sie beruht auf zwei allgemeinen Grundsätzen: "Kein Befriedigungsobjekt außer dem Schuldnervermögen" und "Keine Pfändung ohne Pfandrecht" [74]. Nach dem ersten Grundsatz soll bei der Vollstreckung des Gläubigers gegen den Schuldner aufgrund einer Geldforderung nur das Vermögen des Schuldners haften, eine Befriedigung aus dem schuldnerfremden Vermögen sei undenkbar und deswegen die Pfändung der eigenen Sache unzulässig [75]. Nach dem zweiten Grundsatz ist die Lehre der Ansicht, daß das Pfändungspfandrecht die Grundlage der Verwertung bilde und das Pfändungspfandrecht nur dann entstehen könne, wenn die gepfändete Sache dem Schuldner gehöre . Bei der Pfändung eigener Sachen könne kein Pfändungspfandrecht entstehen, weil nach bürgerlichem Recht ein Pfandrecht an der eigenen Sache unmöglich sei. Entstehe aber kein Pfändungspfandrecht bei der Pfändung, dann sei die Vollstreckung zwecklos und daher unzulässig [75]. Demgegenüber sieht eine andere Meinung ein Pfandrecht an eigener Sache als möglich an und sucht dies aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu erklären, und zwar unter Hinweis auf die Vorschriften der §§ 1256 Abs. 2 BGB, 398 HGB, wonach ein Pfandrecht auch bei der Pfändung eigener Sachen bestehen kann [76].

---

74) Vgl. Etzold, Diss., S. 29; W.A. Müller, Die Wirksamkeit des Pfändungsrechts, Berlin 1907, S. 109 ff.; OLG Bamberg, Seuff. Arch. 58 Nr. 66, S. 125

75) Vgl. Pauli, Diss., S. 4; Furtner, MDR 1963, 445; Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, § 94; Lent-Jauernig, Zwangsvollstreckungsrecht und Konkursrecht, 10. Aufl., § 16; Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht 1970, S. 309 ff.; Stein, Grundfragen der Zwangsvollstreckung, S. 24 ff.; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., 367 III

76) Z.B. Kaufmann, Gruch 53, S. 349; Immerwahr, DJZ 1905, 597

Die sogenannte Verzichtstheorie geht ebenfalls davon aus, daß das Bestehen eines Pfändungsrechts für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in die Sache erforderlich sei. Ebenfalls sei das Bestehen eines Pfändungspfandrechts unter Hinweis auf das bürgerliche Recht nur dann möglich, wenn der Schuldner Eigentümer der gepfändeten Sache ist [77]. Die Verzichtstheorie sieht zwar die Schwierigkeit der oben erläuterten privatrechtlichen Theorie. Aber sie gibt den Standpunkt der privatrechtlichen Theorie nicht auf. Vielmehr versucht sie die privatrechtliche Theorie zu ergänzen. Um die wegen des Eigentums des Gläubigers bestehenden rechtlichen Schwierigkeiten zu umgehen und die Zulässigkeit der Vollstreckung zu bejahen, nimmt die Verzichtstheorie an, daß der Gläubiger mit der Vollstreckung auf sein Eigentum an der Sache verzichte. Dadurch werde der Schuldner Eigentümer des Vollstreckungsgegenstandes. Der Gläubiger vollstreckt also in die Sache des Schuldners. Die Zwangsvollstreckung des Gläubigers ist daher zulässig [77].

Die herrschende Meinung hält die Pfändung eigener Sachen für zulässig [78]. Strittig ist nur die rechtliche Begründung. Die sogenannte öffentlichrechtliche

---

77) Vgl. v. Tuhr, Allg. Teil des Dt. Bürgerlichen Rechts II. 2, S. 310; RGZ 66, 348; RGZ 79, 245; Enneccerus-Lehmann, § 118 IV 5; Aubele, § 5, Anm. 10; Rühl, S. 84 und 212 ff.; Etzold, Diss., S. 16 ff.; RGR-Komm., § 455, Anm. 4; Pauli, Diss., S. 11

78) Sehr viele: Stein-Jonas-Schönke, § 804, Anm. II 3; Baumbach-Lauterbach, § 804, Anm. 2 B; Rosenberg, § 191 I 1 a; Lüke, JZ 1959, 115; Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 112; Klauß, § 5, Anm. 403 und NJW 1950, 769; Aubele, § 5, Anm. 25 und 31; Etzold, Diss., S. 21 ff.; Pauli, Diss., S. 22 ff.; Rühl, S. 174 und S. 262; RGZ 79, 243; BGH, NJW 1955, 64; Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd. I, S. 319

Theorie sieht die Grundlage der Verwertung im Pfändungspfandrecht, aber das Pfändungspfandrecht entstehe bereits mit der ordnungsmäßigen Pfändung. Es sei rein öffentlichrechtlicher Natur und entstehe auch an Sachen des Gläubigers, denn es komme nicht auf das Vorliegen der materiellrechtlichen Voraussetzungen für das Bestehen des Pfandrechts an. Deswegen sei die Zulässigkeit der Pfändung eigener Sachen unproblematisch [79].

Im Gegensatz zur privatrechtlichen Theorie ist die gemischt privat- und öffentlichrechtliche Theorie der Auffassung, daß die Grundlage der Verwertung nicht das Pfändungspfandrecht, sondern die Verstrickung sei. Die Verstrickung hänge nicht vom Bestehen einer Forderung des Vollstreckungsgläubigers oder von der Zugehörigkeit der Pfandsache zum Vermögen des Schuldners ab, sondern ausschließlich von der formell wirksamen Beschlagnahme. Pfändet der Gläubiger seine eigene Sache, so erwerbe er kein Pfändungspfandrecht, aber er sei befugt, aufgrund der Verstrickung die Verwertung der Sache herbeizuführen. [80]. Deswegen ist die Pfändung der eigenen Sache nach der gemischt privat- und öffentlichrechtlichen Theorie zulässig.

Aus § 808 ZPO ergibt sich, daß der Gerichtsvollzieher bei der Pfändung einer beweglichen Sache lediglich zu prüfen hat, ob die zu pfändende Sache sich im Gewahrsam des Schuldners befindet. Er hat sich bei der Pfändung grundsätzlich nicht um die Eigentumsverhältnisse zu kümmern, denn ihm fehlt die Zuständig-

---

79) Stein-Jonas-Schönke, § 804, Anm. II 2 - 3; Baumbach-Lauterbach, Übersicht 3) vor § 804, Anm. 2 B; Lüke, JZ 1955, 489

80) Schönke-Baur, § 22 III; Baur, Sachenrecht, § 22 D III; Rosenberg, § 190 III; Hellwig-Oertmann, § 314 und § 317, 3

keit zu prüfen, wer Eigentümer ist [81]. Die Entscheidung über die Eigentumsverhältnisse ist Sache des Prozeßgerichts.

Wenn der Vollstreckungstitel und die Vollstreckungsklausel vorliegen und die Sache sich im Gewahrsam des Schuldners befindet, ist die Pfändung der Sache zulässig und wirksam. Falls die Sache einem Dritten gehört, muß der Dritte die Drittwiderspruchsklage erheben und sein Recht gemäß § 771 ZPO geltend machen. Erst wenn der Dritte die Drittwiderspruchsklage erhebt und erfolgreich den Prozeß durchführt, wird das prozessual einmal zulässig gewesene Verfahren für unzulässig erklärt. Ob der Dritte eine solche Klage erhebt, bleibt ihm überlassen. Solange sich der Eigentümer nicht mit der Drittwiderspruchsklage wehrt, bleibt die Pfändung der schuldnerfremden Sache zulässig [82]. Hier sind verfahrensrechtliche oder sonstige zwingende gesetzliche Vorschriften nicht verletzt.

Bei der Pfändung eigener Sachen hat der Eigentümer selbst die Pfändung veranlaßt, deswegen hat er kein Interesse, die Klage aus § 771 ZPO zu erheben [83]. Der Schuldner kann auch nicht nach § 771 ZPO gegen die Pfändung vorgehen, weil diese Widerspruchsklage nur der Dritte, nicht aber der Schuldner, geltend machen kann. Außer dem Gläubiger-Eigentümer ist niemand in der Lage, die Aufhebung der Vollstreckung durchzusetzen. Ebensowenig kann der Schuldner eine auf § 767 ZPO gestützte Vollstreckungsgegenklage er-

---

81) Vgl. Baumbach-Lauterbach, § 808, Anm. 1 A; Rosenberg, § 191 I 1; Rühl, S. 174; Püschel, JW 1938, 3207

82) Rosenberg, § 191 I 1 und § 185 III

83) So auch Furtner, MDR 1963, 445; Pauli, Diss., S. 24; Petermann, DRpfl. 1958, 169

heben, solange der Schuldner dem Gläubiger die Kaufpreisforderung noch nicht erfüllt hat. Da das Vollstreckungsverfahren zulässig ist und an keinen Verfahrensmängeln leidet, steht dem Schuldner eine Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung nach § 766 ZPO nicht zu[84].

Das Prozeßrecht unterscheidet zwischen verfahrensrechtlichen und materiellrechtlichen Mängeln der Zwangsvollstreckung. Das Vorliegen materiellrechtlicher Mängel ist nicht vom Vollstreckungsorgan von Amts wegen zu beobachten. Eine solche rechtliche Konstruktion hat ihren Sinn. Jeder materiellrechtliche Streit muß vom Prozeßgericht entschieden werden. Wenn das Gericht diesen Rechtsstreit endgültig entscheidet, muß das Vollstreckungsorgan ohne Rücksicht auf die materiellrechtliche Frage seine Aufgabe durchführen können. Außerdem sind die materiellrechtlichen Beziehungen und Tatsachen so kompliziert, daß man die Entscheidung darüber nicht dem Vollstrekkungsorgan überlassen sollte. Deswegen beschränkt sich das Vollstreckungsorgan auf die ihm bestimmte vollstreckungsrechtliche Aufgabe.

Die früher verbreitete privatrechtliche Auffassung wird heute kaum noch vertreten, jedoch hat Kubisch[85] wieder aufgefordert, zu der früher herrschenden Auffassung zurückzukehren, wie sie z. B. auch von Gaupp-Stein (ZPO bis zur 11. Aufl. 1913, § 804 II 4) vertreten worden war. Im Hinblick auf die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in die eigene Sache ist er der Ansicht, daß die Gleichstellung der Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sache eines

---

84) Vgl. Lüke, JZ 1959, 116; Stein-Jonas-Schönke, § 808, Anm. I 1

85) Kubisch, NJW 1957, 568

Dritten mit der Pfändung eigenen Eigentums des Gläubigers fehl gehe [85]. Denn während man es dem Gläubiger oder Gerichtsvollzieher grundsätzlich nicht zumuten könne, Ermittlungen über das Eigentum an Sachen anzustellen, die im Gewahrsam des Schuldners sind, kenne der Vorbehaltsverkäufer sein Eigentum, vollstrecke also in sein eigenes Vermögen [85]. Außerdem dürfe der Gerichtsvollzieher dann nicht pfänden, wenn das Eigentum des Dritten klar ersichtlich sei [85]. Diese Auffassung ist nicht zutreffend. Denn grundsätzlich können alle Gegenstände gepfändet werden, die sich im Besitz des Schuldners befinden, selbst wenn sie nicht sein Eigentum sind [86]. Bei Pfändung einer gerade dem Gläubiger gehörenden Sache darf man jedoch keine andere Beurteilung vornehmen, weil nämlich die Pfändung der eigenen Sache des Gläubigers nur ein Unterfall der Pfändung einer dem Schuldner nicht gehörenden Sache ist. Ob das Eigentum des Dritten oder des Gläubigers klar ersichtlich ist, stellt keine entscheidende vollstreckungsrechtliche Argumentation gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in die eigene Sache dar. Dies kann man heute als überwiegende Meinung in der ständigen Vollstreckungspraxis und der Rechtsprechung bezeichnen. Selbst wenn der Gerichtsvollzieher im übrigen auf den Auftrag des Gläubigers hin die unter Eigentumsvorbehalt gekaufte Sache pfändet und positiv weiß, daß die Sache nicht dem Schuldner, sondern dem Gläubiger gehört, steht dem Gerichtsvollzieher kein Weigerungsrecht zu, weil die schutzwürdigen Interessen Dritter nicht gefährdet sind.

---

86) So RGZ 79, 241 ff.; BGH, NJW 1955, 64

Zur weiteren Begründung gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in die eigene Sache wird geltend gemacht, daß der Gläubiger durch sein Eigentum bereits gesichert sei, er somit kein Rechtsschutzbedürfnis habe, seine eigene Sache noch zu pfänden [87]. Diese Ansicht beruft sich auf die Vorschrift des § 777 ZPO [87]. Diese Begründung ist abzulehnen. Zwar muß das Rechtsschutzbedürfnis als dem Grundsatz von Treu und Glauben nahestehend auch im Vollstreckungsrecht beachtet werden. Aber für eine besondere Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses bei der Pfändung ist schon deshalb kein Raum, weil diese die notwendige Voraussetzung für die Zwangsverwertung ist [88].

Die öffentlichrechtliche Theorie läßt mit jeder wirksamen Pfändung ohne Rücksicht auf die materiellrechtlichen Voraussetzungen das öffentlichrechtliche Pfändungspfandrecht als Verwertungsgrundlage entstehen und gestattet die Vollstreckung in die eigene Sache. Andererseits läßt die gemischte privat- und öffentlichrechtliche Theorie durch die formell wirksame Pfändung die Verstrickung als Verwertungsgrundlage eintreten und läßt die Vollstreckung in die eigene Sache zu. Die rechtlichen Konstruktionen sind zwar verschieden, aber beide Theorien halten im Ergebnis die Vollstreckung des Verkäufers in die eigene Sache für zulässig. Ferner hat das RG in RGZ 79, 243 die Pfändung eigener Sachen auch ohne Bestehen des Pfändungspfandrechts für zulässig und die Befriedigung des Eigentümers mangels eines Widerspruchs aus § 771 ZPO für rechtmäßig erachtet, obwohl das RG von der privatrechtlichen Theorie ausgegangen ist.

---

87) So Kubisch, NJW 1957, 568 f.

88) So Lüke, JZ 1959, 116

Ohne den Theorienstreit zum Pfändungspfandrecht näher zu verfolgen, kann man heute als herrschende Meinung [89] feststellen, daß die Zwangsvollstreckung des Abzahlungsverkäufers in die eigene Sache prozessual zulässig ist. Die früher weit vertretene Auffassung ist abzulehnen. Solange bei der Zwangsvollstreckung die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung vorliegen und das Vollstreckungsorgan auch die prozessualen Vorschriften einhält, ist die Zwangsvollstreckung in das Eigentum des Gläubigers zulässig.

2. Die Pfändbarkeit der Abzahlungssache

Vollstreckungsrechtlich ist die Zwangsvollstreckung des Vorbehaltsverkäufers in die eigene Sache nach herrschender Meinung für zulässig zu erachten. Dennoch vertritt ein Teil der Lehre im Hinblick auf das Abzahlungsgesetz oder auf die Verkäuferverpflichtung die Ansicht, daß die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache aus der titulierten Kaufpreisforderung überhaupt nicht zulässig sei [90]. Kubisch [91] ist der Meinung, daß durch Klage und entsprechendes Urteil die Zahlung des Kaufpreises sinngemäß nur dann verlangt werden könne, wenn dem Käufer gemäß § 433 BGB Eigentum und Besitz übertragen worden seien und erhalten blieben. Beim Eigentumsvorbehalt aber habe der Verkäufer seine Vertragspflichten noch nicht erfüllt; deswegen könne der Kaufpreistitel aus einem Abzahlungskauf seinem Sinn nach die Wegnahme der Kaufsache durch Vollstreckung nicht zulassen. Eine Wegnahme oder Verwertung der Abzahlungssache zugunsten des Verkäufers wegen der

89) S. oben Anm. 78

90) Alberty, DR 1939, 1779; Kleinknecht, JW 1938, 3206; Kubisch, NJW 1957, 560; Danielcik, JW 1937, 290; Lent, JR 1953, 145; Grund, NJW 1957, 1217

91) Kubisch, NJW 1957, 560

Kaufpreisforderung sei so widersinnig, daß sie bei vernünftiger Auslegung des Kaufpreistitels nicht zulässig sein könne. Auch in der Zwangsvollstreckung bleibe das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien ein Kaufvertrag, also ein Austauschgeschäft. Wenn der Verkäufer die ganze Forderung geltend mache, müsse er die Kaufsache auch ganz zur Verfügung stellen. Kubisch leitet eine vertragliche Vollstreckungsbeschränkung aus den allgemeinen Bestimmungen des Kaufrechts und überhaupt des Vertragsrechts ab. Auch Lent [92] und Grund [93] sind wie Kubisch der Ansicht, daß der Verkäufer wegen seiner noch nicht voll erfüllten Eigentumsverschaffungspflicht nicht in die Abzahlungssache vollstrecken dürfe. Grund führt aus, der Abzahlungsvertrag besage, daß der Abzahlungsverkäufer verpflichtet sei, dem Käufer die Abzahlungssache zu übergeben und ihm das Eigentum an der Sache zu übertragen. Der Verkäufer habe aber weiter, solange der Kaufvertrag bindend, d. h. ein Rücktritt nicht erfolgt sei, sich aller Maßnahmen und Handlungen zu enthalten, die den Zweck des Vertrages unmöglich machen. Daher dürfe der Verkäufer die Kaufpreisforderung nur mit der Einschränkung geltend machen, daß er die Abzahlungssache nicht in Anspruch nehme, um sich wegen seiner Forderung zu befriedigen. Es stehe also schon bei Vertragsschluß fest, daß der Kaufgegenstand nach dem Vertrag für die Kaufpreisforderung nicht hafte; nur mit dieser Maßgabe stehe dem Abzahlungsverkäufer die Restkaufpreisforderung zu. Klage der Verkäufer die Restkaufpreisforderung ohne eine entsprechende Einschränkung ein, so sei seine Klage zum Teil nicht schlüssig. Falls die Abzahlungssache gepfändet werde, sei die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung im Wege der Erinnerung nach § 766 ZPO geltend zu machen. Während

92) Lent, JR 1953, 145

93) Grund, NJW 1957, 1217

Kubisch dem Abzahlungskäufer durch die Auslegung des Vollstreckungstitels von Amts wegen gegenüber dem in die Abzahlungssache vollstreckenden Abzahlungsverkäufer zu helfen versucht, schlägt Grund als Lösungsversuch vor, daß man bereits in der Urteilsformel ausdrücklich bestimmen müsse, daß der Abzahlungsverkäufer wegen der Kaufpreisforderung nicht in die Abzahlungssache vollstrecken dürfe. Die Möglichkeit des Ausspruchs einer solchen gegenständlichen Haftungs- oder Vollstreckungsbeschränkung im Urteil sollte nicht bezweifelt werden können [93].

Die Meinung von Kubisch und Grund ist abzulehnen. Es ist schon sehr zweifelhaft, ob man, wie Kubisch, ohne ausdrückliche Vereinbarung der Parteien einfach in dem Abzahlungsvertrag zugleich eine Vollstreckungsvereinbarung erblicken darf, durch die die Abzahlungssache der Zwangsvollstreckung entzogen wird. Im allgemeinen werden die Parteien eine solche Vereinbarung gerade nicht treffen. Sie ist lediglich eine Fiktion. Ferner stehen die Darlegungen von Grund weder mit dem bürgerlichen Recht noch mit dem Prozeßrecht in Einklang. Eine Haftungsbeschränkung wird im Prozeß nur berücksichtigt, wenn sich der Schuldner auf sie beruft [94]. Sie führt folglich nicht zur Unschlüssigkeit der Klage, falls ihr der Kläger nicht in seinem Klageantrag Rechnung trägt. Überdies finden im Urteil vorbehaltene Haftungsbeschränkungen in der Zwangsvollstreckung nicht von Amts wegen Beachtung, es ist vielmehr Sache des Schuldners, ihnen im Wege der Vollstreckungsabwehrklage Wirksamkeit zu verschaffen [94]. Die Frage, ob

---

94) Lüke, JZ 1959, 116

der Abzahlungsverkäufer gegen seine Vertragspflicht zur Eigentumsverschaffung verstößt, wenn der Verkäufer die eigene Sache dem Käufer durch Zwangsvollstreckung aus dem Kaufpreistitel wegnehmen läßt, ist zu verneinen. Zunächst ist von dem Zweck des Eigentumsvorbehalts auszugehen. Der Vorbehalt hat die Aufgabe, die Zahlung des Kaufpreises zu sichern. Diese Funktion wird von Baur als heimliches Pfandrecht bezeichnet. [95]. Wenn der Käufer mit der Tilgung seiner Kaufpreisschuld in Verzug kommt und keine anderen zugriffsfähigen Vermögensstücke hat, soll die Vorbehaltssache noch zur Verfügung stehen, um die Kaufpreisforderung zu erfüllen. In diesem Fall kann der Verkäufer entweder von dem Kaufvertrag zurücktreten oder seinen Kaufpreisanspruch in der Zwangsvollstreckung **durchsetzen** [96]. Daß der Verkäufer seinen Kaufpreisanspruch durch die Vollstreckung in die Vorbehaltssache **realisieren** kann, ist nach BGB nicht ausgeschlossen. Wenn dieser Schutz dem Vorbehaltsverkäufer gegeben ist, darf man ihm nicht zugleich die Schadenersatzpflichten des Unvermögens der Eigentumsverschaffung auferlegen, das bei der Zwangsvollstreckung in die eigene Sache eintritt. Daher verstößt der Verkäufer nicht gegen seine Vertragsverpflichtungen [97]. Überdies ist man der Ansicht, daß der Vorbehaltsverkäufer nach § 455 BGB überhaupt nur zur bedingten Eigentumsübertragung verpflichtet sei [98], oder daß der Verkäufer deshalb seine Pflichten aus dem Abzahlungsvertrag bereits erfüllt habe, weil der Eigentumsübergang nur noch vom Verhalten des Käufers abhängig sei und mit der letzten Ratenzahlung des Käufers von selbst eintrete [99].

---

95) Baur, Sachenrecht, 5. Aufl., § 59 I, S. 561

96) Larenz, § 39 II, S. 83

97) So auch Baur, § 59 V 4 b, S. 572; Eichelhardt, Diss., S. 25

98) Z.B. Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen, S. 51, Anm. 160

99) Z.B. Oertmann, LZ 1927, 12 ff.; Rühl, S. 194

Auch Serick [100] stellt eine ähnliche Überlegung an, um einen Verstoß gegen die Verkäuferverpflichtung zu verneinen. Er führt aus, komme der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug, so könne der Verkäufer seine nun entstandenen Ansprüche durchsetzen, ohne hierbei weiterhin an die aufschiebende Bedingung gebunden zu sein. Er könne zum einen vom Kaufvertrag zurücktreten und damit die Bedingung ausfallen lassen. Obwohl sein Verhalten während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht vereitele, greife § 160 BGB nicht Platz; von einem Verschulden könne keine Rede sein. Er könne zum anderen am Vertrag festhalten, auf den Eigentumsvorbehalt verzichten und damit die Bedingung vorzeitig eintreten lassen. Eine Verwertung der Vorbehaltssache im Wege der Zwangsvollstreckung löse unter diesen Umständen ebenfalls keine Schadensersatzpflicht aus, obwohl das Verhalten des Vorbehaltsverkäufers bewirke, daß hier die Bedingung gegenstandslos geworden sei. Brauche der Vorbehaltsverkäufer aber, wie sich an diesen beiden Grenzfällen zeige, nach Zahlungsverzug auf die aufschiebende Bedingung keine Rücksicht mehr zu nehmen, so könne er auch am Kaufvertrag festhalten und seinen Kaufpreisanspruch aus der Vorbehaltssache im Vollstreckungswege vor Eintritt der Bedingung beitreiben. Das Verschulden des Käufers, nämlich sein Zahlungsverzug, rechtfertige das Verhalten des Verkäufers und lasse infolgedessen die Frage nach dessen Verschulden weder im Zusammenhang mit § 160 BGB noch mit § 325 BGB entstehen.

---

100) Serick, Bd. I, § 12 IV 2, S. 322

Im Schrifttum wird der sozialpolitische Schutzzweck des AbzG stark betont und ein Teil der Lehre [101] ist der Meinung, daß die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache unzulässig sei, denn die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache sei eine Umgehung des AbzG. Kleinknecht [102] ist der Auffassung, es sei ein Befehl des AbzG, daß die Abzahlungssache vor ihrer völligen Bezahlung nicht der Pfändung durch den Verkäufer unterliege. Er sieht darin eine Vollstreckungsbeschränkung ähnlich der des § 811 ZPO. Sie sei von Amts wegen zu beachten und könne durch den Käufer mit der Erinnerung nach § 766 ZPO geltend gemacht werden. Alberty [103] betrachtet § 3 AbzG als Pfändungseinschränkung nach Art des § 811 ZPO. Er sieht also in § 3 AbzG nicht nur eine materielle, sondern auch eine prozessuale Bestimmung nach Art des § 811 ZPO. Dieser Meinung ist nicht zu folgen, denn weder aus dem AbzG noch aus der ZPO ergibt sich ein Hinweis für die Annahme, daß die Abzahlungssache vor ihrer völligen Bezahlung nicht der Pfändung unterliegen solle. Die Auffassung Albertys überzeugt nicht. Man kann nicht einfach in § 3 AbzG eine vollstreckungsrechtliche Bestimmung nach Art des § 811 ZPO erblicken, denn § 3 AbzG schreibt nur vor, wie im Fall des Rücktritts die gegenseitigen Ansprüche zwischen dem Abzahlungskäufer und dem Abzahlungsverkäufer zu erfüllen sind. Darüber hinaus enthält § 3 AbzG überhaupt keine Aussage über die Unpfändbarkeit der Abzahlungssache. § 3 AbzG steht also in keinem Zusammenhang mit § 811 ZPO. Die Vorschrift des § 811 ZPO

---

101) Kleinknecht, JW 1938, 3207; Alberty, 1939, 1779

102) Kleinknecht, a.a.O., S. 3207

103) Alberty, aa.O., S. 1779

soll aus sozialpolitischen Gründen im öffentlichen Interesse verhindern, daß die wirtschaftliche Existenz des Schuldners und seiner Familie vernichtet wird oder daß ihm Gegenstände entzogen werden, die für ihn einen besonderen persönlichen oder ideellen Wert haben [104]. Soweit die auf Abzahlung gekaufte Sache zu den in § 811 ZPO erwähnten Sachen gehört, unterliegt sie nach § 811 ZPO nicht der Pfändung. Unerheblich ist, ob die Sache auf Abzahlung gekauft wird oder nicht. Wird die Abzahlungssache nicht durch den § 811 ZPO geschützt, so ist sie in der Zwangsvollstreckung pfändbar. Es ist zwar richtig, daß die von dem zahlungsschwachen Käufer auf Abzahlung gekaufte Sache meistens zu den Sachen des § 811 ZPO gehört, aber dies führt nicht zu der Folgerung, daß alle Abzahlungssachen deshalb nicht der Pfändung unterliegen, weil das Abzahlungsgesetz den zahlungsschwachen Käufer schützen will. Wäre die Ansicht, daß die Abzahlungssache vor ihrer völligen Bezahlung nicht der Pfändung durch den Verkäufer unterliegt, richtig, dann könnte der Abzahlungskäufer leicht das Abzahlungsgesetz mißbrauchen. Der Abzahlungskäufer brauchte nur einfach trotz seiner Zahlungsunfähigkeit die Sache auf Abzahlung zu kaufen, dann wäre er seines Benutzungsrechts sicher, ohne sich um die Bezahlung kümmern zu müssen. Ein solch übertriebener Käuferschutz findet im Abzahlungsgesetz keine Anhaltspunkte. Was den Abzahlungskäufer vor der Pfändung des Verkäufers schützen kann, ist allein, daß er die fälligen Raten pünktlich bezahlt.

Das AbzG schützt zwar den Abzahlungskäufer durch die Einschränkung der Vertragsfreiheit vor einer

---

104) Vgl. Schönke-Baur, S. 79

unbilligen Abrede im Vertrag, aber er verbietet nicht, den Zahlungstitel zu erwirken und in die Abzahlungssache zu vollstrecken [105]. Die herrschende Meinung nimmt zwar bei der Frage nach der Anwendung des § 5 AbzG an, daß die Rücktrittsfolge des § 5 AbzG durch die Zwangsvollstreckung des Verkäufers in die Abzahlungssache ausgelöst werde, aber sie vertritt nicht die Ansicht, daß die Zwangsvollstreckung des Verkäufers wegen seiner titulierten Kaufpreisforderung in die Abzahlungssache überhaupt nicht zulässig sei. Im Ergebnis ist festzustellen, daß die Zwangsvollstreckung des Verkäufers in die Abzahlungssache nicht deshalb unzulässig ist, weil die Sache durch den Käufer auf Abzahlung gekauft worden ist oder der Verkäufer sich das Eigentum an der Sache vorbehalten hat.

3. Die Überweisung der Abzahlungssache an den Abzahlungsverkäufer gemäß § 825 ZPO

Die ZPO hat zwar grundsätzlich für die Verwertung der gepfändeten Sache die Versteigerung vorgesehen, aber in der Praxis kommt die Verwertungsform des § 825 ZPO nicht selten vor, wenn die öffentliche Versteigerung erfolglos verlaufen ist oder von vorneherein aussichtslos erscheint. Stellt der Abzahlungsverkäufer den Antrag, ihm die noch gehörende Abzahlungssache gemäß § 825 ZPO unter Festsetzung eines bestimmten Preises zu Eigentum zu überweisen, so wird gefragt, ob das Vollstreckungsgericht einem solchen Antrag stattgeben darf oder nicht. Hierzu werden in

105) So Stein-Jonas-Schönke, § 804, Anm. II 3; Baumbach-Lauterbach, § 804, Anm. 2 B; Rosenberg, § 191 I 1 a; Lüke, LZ 1959, 115; Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 112 und 114; Klauß, Anm. 403 und NJW 1950, 769; Aubele, § 5, Anm. 25 und 31; Etzold, Diss., S. 21 und 106; Pauli, Diss., S. 22 ff.; Rühl, S. 174 und 262; Ohr, NJW 1954, 787; RGZ 79, 243; BGHZ 15, 171 ff.

der Literatur und Rechtsprechung mehrere Meinungen vertreten. Zum Teil ist man der Ansicht, der Antrag sei generell zurückzuweisen [106]. Die Begründung für die Unzulässigkeit ist verschieden. Zunächst wird gesagt, daß für eine Verwertung nach § 825 ZPO das Rechtsschutzbedürfnis fehle, weil ein nochmaliger Eigentumserwerb durch den Verkäufer widersinnig sei [107] oder weil der Verkäufer über die Herausgabeklage zum gleichen Erfolg kommen könne [108]. Ferner wird im weiten Umfang die Unzulässigkeit auf die Umgehung des AbzG gestützt [109], da der Abzahlungsverkäufer unter Vermeidung des Rücktritts die Kaufsache zurücknimmt. Diese Meinung muß abgelehnt werden. Die Begründung, daß für eine Verwertung nach § 825 ZPO das Rechtsschutzbedürfnis fehle, ist unhaltbar. Denn das Rechtsschutzbedürfnis ist auch nicht davon abhängig, ob der Gläubiger über die Herausgabeklage zum gleichen Erfolg - d.h. die Besitzerlangung - kommen könnte oder nicht. Nach dem AbzG hat der Gläubiger die freie Wahl, aus dem Kaufvertrag oder aus dem dinglichen Recht gegen den Schuldner vorzugehen. Das AbzG beschränkt sich keineswegs auf die Herausgabeklage des Gläubigers. Wenn man

---

106) Alberty, DR 1939, 1776; Kleinknecht, JW 1938, 3206; Kubisch, NJW 1957, 568; LG Düsseldorf, JW 1931, 2182; LG Göttingen, BB 1952, 960; AG Bonn, NJW 1956, 188; AG Düsseldorf, NJW 1956, 573; AG Delmenhorst, BB 1958, 927; LG Mönchen-Gladbach, MDR 1960, 680; LG Krefeld, MDR 1964, 1013

107) LG Düsseldorf, JW 1931, 2182; LG Berlin, JW 1931, 3583; Kubisch, NJW 1957, 568

108) AG Bonn, NJW 1956, 187; Kubisch, NJW 1957, 568

109) LG Göttingen, BB 1952, 960; AG Düsseldorf, NJW 1956, 753; LG Krefeld, MDR 1964, 1013

die Verwertung nach § 825 ZPO deshalb ablehnen würde, weil der Gläubiger die Möglichkeit hat, die Herausgabe der von ihm gelieferten Sache im Erkenntnisverfahren zu verlangen, so bedeutete dies, eine auf verschiedenen Wegen denkbare Rechtsverfolgung auf eine Möglichkeit zu beschränken, weil in allen Fällen eine gemeinsame Wirkung eintritt [110]. Ferner wird durch die Zuweisung in Wirklichkeit ein Erfolg herbeigeführt, der wesentlich weitergeht als der der bloßen Besitzerlangung, denn es wird darüber hinaus eine Befriedigung des titulierten Zahlungsanspruchs und damit ein Verbrauch des Titels herbeigeführt. Eine Herausgabeklage könnte diesen Erfolg nicht haben [111]. Daher kann man nicht einfach die Herausgabeklage mit der Zuweisung nach § 825 ZPO gleichsetzen.

Wenn der Gläubiger das Recht zur Pfändung hat, muß er auch das weitere Recht haben, die einmal rechtsgültig und unanfechtbar vorgenommene Pfändung weiter durchzuführen. Ob der Gläubiger für die Verwertung den Weg der Versteigerung oder den des freihändigen Verkaufs oder der Übereignung wählt, kann rechtlich nicht verschieden beurteilt werden [112]. Wenn man dem Abzahlungsverkäufer das Recht abspricht, die Pfandsache durch eigenen Erwerb zu verwerten, so wäre es folgerichtiger, auch bereits die Vornahme der Pfändung zu verbieten. Aber weder die ZPO noch das Abzahlungsgesetz verbietet das. Es gibt keinen Grund, den Antrag des Verkäufers nach § 825 ZPO generell zurückzuweisen.

---

110) So Wangemann, NJW 1956, 733; LG Bonn, NJW 1956, 753; NJW 1965, 1387; Palandt, § 5, Anm. 3 b; Schnitzer, Diss., S. 96 ff.

111) Wangemann, NJW 1956, 733; Hampel, JR 1958, 402

112) LG Bonn, NJW 1956, 753; Wangemann, NJW 1956, 733; OLG Frankfurt, NJW 1954, 1083

Auch das Eigentum des Abzahlungsverkäufers an der Sache steht der Überweisung nach § 825 ZPO nicht entgegen, weil dem Eigentum in der Zwangsvollstreckung keine Bedeutung zukommt. Die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in die eigene Sache ist schon oben bejaht worden [113]. Ferner ist die gerichtliche Eigentumszuweisung ein selbständiger öffentlichrechtlicher Übereignungstatbestand; sie überträgt unabhängig von zivilrechtlichen Erfordernissen das Eigentum auf den Zuweisungsempfänger. Falls der Gläubiger als Empfänger noch Eigentümer der Abzahlungssache ist, wird die Innehabung des Eigentums jetzt an die öffentlichrechtliche Übereignung geknüpft. Etwaige Mängel bei dem früheren Eigentumserwerb werden damit unerheblich. Vor allem erlangt die Eigentumszuweisung dann Bedeutung, wenn sich der Verkäufer das Eigentum vorbehalten hat, obwohl er selbst überhaupt nicht der Eigentümer war. Durch den gerichtlichen Übereignungsakt verliert der wahre Eigentümer sein Recht, ohne daß es auf den guten Glauben des Empfängers ankommt; ebenso erlöschen sonstige Rechte Dritter an der Sache. Diese Überlegungen zeigen, daß die Überweisung der eigenen Sache an den Gläubiger nicht nur sinnvoll, sondern infolge der öffentlichrechtlichen Natur der Übereignung auch rechtlich möglich ist [114].

Die Zulässigkeit der Verwertung nach § 825 ZPO ergibt sich ferner daraus, daß es sich nur um eine Art der Pfandverwertung in der Forderungszwangsvollstreckung handelt, diese Zwangsvollstreckung aber keineswegs im AbzG oder der ZPO verboten ist. Wenn

---

113) S. 2. Kapitel I. 1 und 2

114) Lüke, JZ 1959, 117 ff.; AcP 153, 545 ff.; ZZP 67, 356 ff. und JuS 1970, 630

die Versteigerung erfolglos verlaufen ist oder von vornherein aussichtslos erscheint oder wenn der vom Gläubiger angebotene und vom Gericht festzusetzende Übernahmepreis mindestens so hoch ist wie der zu erwartende Versteigerungserlös, so ist die gerichtliche Überweisung nach § 825 ZPO als subsidiäre Verwertungsmaßnahme zweckmäßig und zulässig [115].

Die Unzulässigkeit der Überweisung nach § 825 ZPO wird sehr oft mit der Umgehung des Abzahlungsgesetzes begründet [116]. Die Vertreter dieser Meinung gehen davon aus, daß die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache als Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG gilt und die Rücktrittsfolge durch die Vollstreckungsmaßnahme auslöst. Daher entsteht die Frage, in welchem Umfang die Vorschriften der §§ 1 - 3 AbzG zugunsten des Abzahlungskäufers in der Zwangsvollstrekkung berücksichtigt werden müssen. Da bei der Überweisung nach § 825 ZPO nicht gleichzeitig über etwaige Gegenansprüche des Abzahlungskäufers gemäß §§ 1 - 3 AbzG entschieden werden kann, wenn man überhaupt diese Art der Verwertung zuläßt, betrachten die Vertreter dieser Meinung dies als Umgehung des Abzahlungsgesetzes. Deshalb lehnen sie den Antrag des Abzahlungsverkäufers zur Überweisung nach § 825 ZPO von vornherein generell ab. Dem Ausgangspunkt dieser Meinung ist nach der hier vertretenen Ansicht nicht zuzustimmen. Wenn man die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache nicht als Wiederansichnahme ansieht und daher keine Rücktrittsfiktion ausgelöst wird, so

---

115) Lüke, JZ 1959, 117 und JuS 1970, 629; Wangemann, NJW 1953, 1013; Stein-Jonas-Schönke, § 825, Anm. I 2

116) Crisolli, JW 1934, 1817; Püschel, JW 1938, 3207; Alberty, DR 1939, 1776; Hörle, Gruch 55, 194; Cremer, Diss., § 4 u. S. 29 ff.; Wangemann, NJW 1952, 1318 u. NJW 1958, 66; Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 2; Klauß, § 5, Anm. 425 u. NJW 1950, 767; Pauli, Diss., S. 31

taucht die Frage nach der Umgehung der §§ 1 - 3 AbzG nicht auf. Wer den § 5 AbzG in der Zwangsvollstrekkung in die Abzahlungssache zur Anwendung kommen läßt, muß notwendig die Umgehung des Abzahlungsgesetzes behaupten. Aber die Begründung der Umgehung der §§ 1 - 3 AbzG scheitert, wenn Gegenansprüche des Schuldners überhaupt nicht oder nicht in erheblicher Höhe bestehen, so daß eine Umgehung der §§ 1 - 3 AbzG gar nicht möglich sein kann. Aus diesem Grund wird deutlich, daß allein die Verwertung im Verfahren gemäß § 825 ZPO nicht zu einer Umgehung des Abzahlungsgesetzes führen kann. Die Meinung, daß der Antrag des Abzahlungsverkäufers auf Zuweisung der Abzahlungssache von vornherein generell zurückzuweisen sei, ist daher abzulehnen.

Die Mittelmeinung [117] sieht den oben erwähnten Mangel der Theorie, daß eine Umgehung der §§ 1 - 3 AbzG nicht immer möglich ist. Deswegen versucht sie, einen anderen Weg zu gehen [118]. Überwiegend wird der Weg gewählt, dem Vollstreckungsgericht die summarische Prüfung der Gegenansprüche des Abzahlungskäufers aufzuerlegen. Nach der Mittelmeinung ist die Zwangsübereignung nur zulässig, wenn eine summarische Prüfung des Vollstreckungsgerichts ergibt, daß die Gegenansprüche des Käufers aus § 1 AbzG unstreitig oder offensichtlich nicht bestehen. In Zweifelsfällen sei der Antrag des Verkäufers zurück-

---

117) Stein-Jonas-Schönke, 18. Aufl., § 825 ZPO, Anm. II 3; Wangemann, NJW 1952, 1320 und NJW 1956, 734; LG Aachen, NJW 1958, 1003; Petermann, DRpfl. 1958, 171; LG Münster, DRpfl. 1962, 215; Hampel, JR 1958, 401 ff.; LG Essen, DRpfl. 1959, 281; LG Düsseldorf, MDR 1961, 696; LG Köln, MDR 1963, 689; LG Krefeld, MDR 1966, 61

118) Z.B. Wangemann, NJW 1952, 1320; Hampel, JR 1958, 404

zuweisen [119]. Auf diese Weise vermeidet die Mittelmeinung zwar den Vorwurf der Umgehung des Abzahlungsgesetzes, jedoch begegnet ihr eine andere rechtliche Schwierigkeit.

Es fragt sich, wie man im Vollstreckungsverfahren den etwaigen Gegenanspruch des Käufers überprüfen kann, wenn das Vollstreckungsgericht die materiellrechtliche Beziehung zwischen den Parteien nicht berücksichtigen darf. Die Zulässigkeit einer Vollstreckungsmaßnahme hängt nicht von materiellrechtlichen Voraussetzungen ab, sondern allein von prozessualen Erfordernissen. Da die materiellrechtlichen Gesichtspunkte nach dem Gesamtaufbau des geltenden Vollstreckungsrechts im Vollstreckungsverfahren grundsätzlich keine Rolle spielen, braucht das Vollstreckungsgericht bei der Entscheidung zur Überweisung der Abzahlungssache nach § 825 ZPO nicht die infolge der Rücktrittsfiktion entstehenden Gegenansprüche des Abzahlungskäufers zu berücksichtigen. Das Vollstreckungsgericht hat zwar bei der Anordnung der Übereignung zu prüfen, ob der festgesetzte Wert für die Abzahlungssache höher ist als die titulierte Forderung, aber die etwaigen Gegenansprüche des Käufers müssen für die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts nach § 825 ZPO unerheblich sein [120]. Falls die titulierte Forderung geringer ist als der festgesetzte Wert für die Sache, muß der Gläubiger zur Bezahlung des überschießenden Betrages verpflichtet werden. Dadurch, daß das Vollstreckungsgericht hier festzustellen hat, ob der Wert der zuzuweisenden

---

119) Wangemann, NJW 1952, 1320 und NJW 1956, 734; Stein-Jonas-Schönke, § 825, Anm. II 3; Herminghausen, NJW 1954, 668; LG Krefeld, MDR 1966, 61

120) Lüke, JZ 1959, 118 - 119

Sache richtig festgesetzt ist, ist es aber nicht zu der weiteren Ermittlung der Gegenansprüche des Käufers ermächtigt. § 825 ZPO enthält keine Durchbrechung des vollstreckungsrechtlichen Grundsatzes. Mit der Ausgestaltung des Vollstreckungsverfahrens ist es nicht vereinbar, wenn die Mittelmeinung darauf abstellt, dem Vollstreckungsgericht die summarische Prüfung zuzumuten.

Überdies steht der Ausgangspunkt der Mittelmeinung der Zulässigkeit der Überweisung nach § 825 ZPO entgegen. Denn die Mittelmeinung geht einerseits wie die Vertreter der ersten Meinung davon aus, daß die titulierte Kaufpreisforderung durch den Antrag gemäß § 825 ZPO [121] oder spätestens mit der Zwangszuweisung [122] erlischt; andererseits empfiehlt sie aber, dem Antrag auf Überweisung der Sache an den Verkäufer nach § 825 ZPO stattzugeben, falls dem Käufer keine Gegenansprüche aus §§ 1, 2 AbzG zustehen. Also läßt diese Meinung das Vollstreckungsgericht mitwirken, eine nicht mehr existente Forderung zu erfüllen, obwohl sie auf diese Weise durch die Anwendung des § 5 AbzG im Vollstreckungsverfahren bzw. durch die Rechtsbehelfe der §§ 766 oder 769 ZPO die Durchführung der Zwangsvollstreckung des Verkäufers verhindern wollte, um den Abzahlungskäufer zu schützen. Eine solche Betrachtungsweise ist insoweit inkonsequent, als sie unter der Anwendung des § 5 AbzG gleichzeitig dem Antrag auf Überweisung nach § 825 ZPO stattgibt.

---

121) Z.B. Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 136

122) Z.B. Wangemann, NJW 1952, 1320

Ferner findet die Mittelmeinung keine Begründung dafür, warum sich das Vollstreckungsgericht nur auf eine summarische Prüfung beschränken soll, wenn man schon die Berücksichtigung des Abzahlungsgesetzes im Vollstreckungsverfahren zuläßt und der Verkäufer im Verfahren nach § 825 ZPO das Vollstreckungsgericht zu überzeugen hat. Denn den Parteien stehen im Vollstreckungsverfahren die gleichen Beweismittel zur Verfügung wie im Erkenntnisverfahren, soweit eine mündliche Verhandlung zulässig ist. Im Verfahren nach § 825 und § 766 ZPO darf das Vollstreckungsgericht nicht einfach in Zweifelsfällen den Antrag des Verkäufers zurückweisen, ohne daß der Verkäufer das Gericht davon überzeugt, daß dem Käufer keine Gegenansprüche aus § 1 AbzG zustehen. Also darf sich das Vollstreckungsgericht nicht mit einer summarischen Prüfung begnügen [123]. Außerdem kann eine solche summarische Prüfung in der Regel nur in "summarischen Verfahren" stattfinden [124], jedoch nicht im Vollstreckungsverfahren nach § 825 und § 766 ZPO. Auch wird der summarischen Prüfung ein Unsicherheitsfaktor in das Vollstreckungsverfahren hineingebracht, denn im Einzelfall kann zweifelhaft sein, wieweit das Vollstreckungsgericht die Prüfung der angeblichen Ansprüche des Käufers ausdehnen muß.

Festzustellen ist, daß weder der Mittelmeinung noch der ersten Meinung beizupflichten ist. Die Frage, ob und wieweit das Vollstreckungsgericht dem Antrag auf Zwangsüberweisung der Abzahlungssache an den Abzahlungsverkäufer gemäß § 825 ZPO stattgeben darf, ist ohne Rücksicht auf das AbzG allgemein zu [illegible]

123) So Lüke, JZ 1959, 118; Hein, ZZP 69, 244

124) Z.B. der Urkundenprozeß, das Mahnverfahren oder das Verfahren der einstweiligen Verfügung. Solche Verfahren begnügen sich von Gesetzes wegen mit einer weniger gründlichen Klarlegung der Rechts- und Tatsachenlage; vgl. Lüke, JZ 1959, 118

bejahen [125], da nicht ohne weiteres eine Umgehung des AbzG angenommen werden kann.

II. Die Vollstreckungsmaßnahme und die Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG

Weder das AbzG noch die ZPO enthält eine Vorschrift über die Anwendung des § 5 AbzG in der Zwangsvollstreckung. Wie bereits oben zur Entwicklung der Rechtsprechung und Lehre zur Auslegung des § 5 AbzG ausgeführt wurde, haben heute die Rechtsprechung und die überwiegende Lehre den § 5 AbzG jedoch sehr weit über seinen Wortlaut hinaus ausgedehnt und sind zur Anwendung des § 5 AbzG im Vollstreckungsverfahren gelangt [126]. Ob die Begründungen des BGH und die rechtliche Konstruktion der Lehre dogmatisch haltbar sind, wird im folgenden erörtert werden.

1. Kritik an der Rechtsprechung des BGH

Der Entscheidung BGHZ 55, 59 kommt besonders große Bedeutung zu, weil der BGH in dieser Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung zur Anwendung des § 5 AbzG auf Akte der Zwangsvollstreckung überprüft, bestätigt und weiterentwickelt. Der BGH beruft sich auf die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs zum § 5 AbzG und vertritt die Ansicht, die amtliche Begründung beschäftige sich zwar nicht ausdrücklich mit der Frage, ob auch die Vollstreckung in die Kaufsache die Rechtsfolge des § 5 auslösen solle. Das erkläre sich schon daraus, daß damals (1894) die

---

125) Benkendorff, JW 1933, 2754; Etzold, JW 1930, 2083; Ewald, S. 110; Häring, NJW 1953, 974; Klauß, Anm. 396 ff.; Wendt, MDR 1957, 455 ff.; LG Bonn, NJW 1956, 753; OLG Frankfurt, NJW 1954, 1083; Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 138; Lüke, JZ 1959, 117; Furtner, MDR 1963, 455 ff.

126) S. Seite 20 - 22 und Anm. 54

Pfändung einer eigenen Sache des Gläubigers nicht als zulässig angesehen wurde. Die amtliche Begründung befasse sich aber mit dem Fall, daß der Verkäufer die Sache "infolge besonderer Vertragsabrede zum öffentlichen Verkauf bringt" und erkläre dies für einen Fall des § 5, weil "eine Zurücknahme im Sinne des § 5 stets anzunehmen sei, wenn der Verkäufer aufgrund des ihm vorbehaltenen Eigentums dem Käufer die Sache wieder entziehe." Ferner ist der BGH in BGHZ 55, 59 der Ansicht, der Gesetzgeber habe es demnach für unerheblich gehalten, daß bei einer Verwertung der Sache der Erlös dem Käufer dadurch zugute komme, daß sich seine Kaufpreisschuld um den Erlös mindere. Denn der Gesetzgeber sei sich auch bewußt gewesen, daß eine Verwertung in der Zwangsvollstreckung sehr häufig nur ein beträchtlich unter dem wirklichen Wert liegendes Ergebnis erbringe, wie sich aus der "Amtlichen Begründung" zu § 1 ergebe, wo ausgeführt werde, ob man dem Eigentumsvorbehalt nur die Wirkungen eines Pfandrechts beilegen sollte [127]. Daher nimmt der BGH an, daß generell die Verwertung der Sache in der Zwangsvollstreckung auf Betreiben des Verkäufers wegen der Kaufpreisforderung die Rechtsfolge des § 5 AbzG nach dem Willen des Gesetzgebers auslösen sollte, und hält es für unwichtig, ob die Verwertung gemäß § 825 ZPO erfolgt oder der Verkäufer selbst die Sache ersteigert oder ein Dritter, denn in jedem Fall verliere der Käufer auf Veranlassung des Verkäufers den Besitz der Sache und die Möglichkeit, sie zu nutzen. BGHZ 55, 59 bejaht die Frage, ob § 5 AbzG dem Verkäufer eine Abwicklung des Vertrags durch Zugriff auf die Kaufsache verwehrt und ihn statt dessen auf eine Rückabwicklung nach Maßgabe der §§ 2, 3 AbzG beschränkt.

---

127) S. BGHZ [illegible]

Eine solche Begründung kann nicht dazu führen, daß nach dem Willen des Gesetzgebers die Zwangsvollstrekkung des Verkäufers wegen der Kaufpreisforderung in die Abzahlungssache die Rechtsfolge des § 5 AbzG auslösen sollte. Aus der Tatsache, daß damals Pfändung und Verwertung eigener Sachen noch nicht anerkannt waren, ergibt sich vielmehr, daß die Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG nicht im Sinne der vollstreckungsrechtlichen Maßnahme zu verstehen ist, sondern nur im Sinne der privatrechtlichen Tatbestände. Für den Sinn des § 5 AbzG ist die Frage entscheidend, warum der Gesetzgeber damals den § 5 AbzG in das Gesetz aufnehmen mußte: Wurde der § 5 AbzG nur deshalb in das Abzg aufgenommen, weil das Abzahlungsgesetz den Abzahlungskäufer davor schützen wollte, Besitz und Nutzungen des Kaufgegenstandes zu verlieren und gleichwohl für die Zahlung des Kaufpreises haftbar zu bleiben, was der BGH vertritt, oder weil der Verkäufer aufgrund des Eigentumsvorbehalts rechtlich ohne Rücktritt vom Vertrag die Bestimmungen der §§ 1, 2 AbzG umgehen könnte? Die amtliche Begründung zu § 5 AbzG enthält wörtlich das letztere und hat die Wiederansichnahme nicht im Sinne der vollstreckungsrechtlichen Maßnahme gemeint. Das heißt, der Zweck des § 5 AbzG ist wie der Sinn der §§ 1, 2 AbzG, die Verwirkungsklausel zu beseitigen. Die amtliche Begründung zu § 5 AbzG bringt zwar zum Ausdruck, daß eine Zurücknahme im Sinne des § 5 AbzG übrigens stets anzunehmen sei, wenn der Verkäufer aufgrund des ihm vorbehaltenen Eigentums dem Käufer die Sache wieder entziehe, also auch wenn er sie infolge besonderer Vertragsabrede zum öffentlichen Verkauf bringe. Aber Voraussetzung dazu ist, daß der Verkäufer seine Maßnahme aufgrund des Eigentumsvorbehalts verfolgt, der Verkäufer also eine doppelte Zugriffsmöglichkeit hat: einmal wegen der Kaufpreisforderung, zum anderen aufgrund der beson-

deren Vereinbarung ohne Anrechnung des Erlöses auf den Kaufpreis. Deshalb ist der Schluß nicht zwingend, die Verwertung der Sache aufgrund des Kaufpreistitels sei genau so zu behandeln wie der in der Gesetzesbegründung erwähnte öffentliche Verkauf [128].

Außerdem kann man die Zurücknahme der Sache aufgrund des Eigentumsvorbehalts ohne Rücktritt vom Vertrag mit der Verwertung der Sache in der Zwangsvollstrekkung wegen des Restkaufpreises gleichsetzen. Denn der Abzahlungskäufer kann sich im Vollstreckungsverfahren auf die Schutzvorschriften der §§ 803 Abs. 2, 811 ZPO berufen [129]. Es zeigt sich, daß die Zwangsvollstreckung etwas anderes als die schlichte Wiederansichnahme aufgrund des Eigentumsvorbehalts ist. Das Abzahlungsgesetz hat keineswegs jede andere Verwirklichung der Kaufpreisforderung als durch Ausübung des Rücktrittsrechts verboten. Der Verkäufer kann nämlich das Rücktrittsrecht ausüben und damit die Sache zurücknehmen oder kann ohne Rücktritt vom Vertrag lediglich den Kaufpreis verlangen. Das Abzahlungsgesetz will nur verhindern, daß der Verkäufer, wenn er von seinem Rücktrittsrecht oder Eigentumsvorbehalt Gebrauch macht, dies in einer den Käufer schädigenden Weise tut. Es verbietet daher, daß der Verkäufer, der die verkauften Sachen wieder an sich zieht, außerdem noch Zahlung des gesamten Kaufpreises verlangt. Gegen diesen Zweck des Abzahlungsgesetzes hat der Verkäufer nicht verstoßen, wenn er, ohne von seinem Rücktrittsrecht oder Eigentumsvorbehalt Gebrauch zu machen, für seine Kaufpreisforderung sich im Weg der Zwangsvollstreckung aus der Abzahlungssache be-

---

128) So Lüke, JZ 1959, 115

129) So auch Etzold, Diss., S. 112

friedigt [130]. Ferner hat die ZPO die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache nicht verboten, falls der Verkäufer sich bei seinem gerichtlichen Vorgehen zum Zweck der Beitreibung der Kaufpreisforderung durch Zwangsvollstreckung aus der Abzahlungssache Befriedigung verschafft [131].

Die Begründung von BGHZ 55, 59, daß eine Verwertung in der Zwangsvollstreckung sehr häufig nur ein beträchtlich unter dem wirklichen Wert liegendes Ergebnis erbringe, und seine Folgerung, daß § 5 AbzG dem Verkäufer eine Abwicklung des Vertrages durch Zugriff auf die Kaufsache verwehre und ihn stattdessen auf eine Rückabwicklung nach Maßgabe der §§ 2, 3 AbzG beschränke, überzeugen nicht. Denn es ist nicht zu verstehen, warum der Gesetzgeber im Vollstreckungsverfahren den Abzahlungskäufer unbedingt besser als den gewöhnlichen Vollstreckungsschuldner schützen mußte, wenn die unbillige Verwirkungsklausel bei dem Abschluß des Abzahlungskaufs nicht vorliegt. Bei der Zwangsvollstreckung des Verkäufers wegen des Kaufpreises in die Abzahlungssache besteht niemals der Mißstand wie bei der Verwirkungsklausel oder der Wiederansichnahme aufgrund des Eigentumsvorbehalts, denn die Schuld des Käufers wird dadurch verringert oder getilgt. Wenn der andere Vollstreckungsschuldner in der Zwangsvollstreckung den infolge der Pfändungsverwertung entstehenden Verlust ausnahmslos hinnehmen muß, kann für den Abzahlungskäufer nichts anderes gelten. Wenn der Abzahlungskäufer in der Zwangsvollstrekkung keinen Versteigerungsverlust allein deshalb hinnehmen sollte, weil er die Sache auf Abzahlung gekauft hat, so bedeutet dies, daß das Abzahlungs-

130) So auch OLG Stuttgart 1905, Nr. 1393 = das Recht 1905, S. 285

131) So auch Aubele, § 5, Anm. 25

gesetz nicht nur im Verhältnis zum BGB, sondern auch zur ZPO lex specialis wäre, d. h. der Abzahlungskäufer deshalb im Vollstreckungsverfahren als Vollstreckungsschuldner besonderer Art behandelt würde, weil er die Sache auf Abzahlung gekauft hat. Für ein solches Ergebnis gibt es keine rechtliche Grundlage. Überdies hat der BGH zwei Entscheidungen des RG, auf die er Bezug nahm, verkannt.[132] Im Falle des RGZ 139, 205 hatte die Abzahlungsverkäuferin zunächst aufgrund ihres Eigentumsvorbehalts eine einstweilige Verfügung auf Herausgabe der Sache an den Gerichtsvollzieher als Sequester zur Verwahrung erwirkt, weil die beiden Käufer mehrere Wechsel über die Beträge der Kaufgeldabzahlung zu Protest gehen ließen. Diese einstweilige Verfügung wurde auch vollstreckt. Die Verkäuferin klagte alsdann den Restkaufpreis ein. Im Falle des RGZ 146, 182 war ebenfalls ein Eigentumsvorbehalt und die Berechtigung des Abzahlungsverkäufers vereinbart worden, die Sache dem Käufer bei Zahlungsverzug wegzunehmen. Der Verkäufer übte auch sein Rücknahmerecht aus. In beiden Fällen haben Verkäuferin bzw. Verkäufer zweispurige Wege eingeschlagen, d. h. einerseits aufgrund des Eigentumsvorbehalts oder des vereinbarten besonderen Rücknahmerechts ohne Anrechnung des Gegenanspruchs des Käufers die Sache wieder zurückgenommen, andererseits hinsichtlich der Kaufpreisforderung die Abwicklung des Abzahlungsvertrags weiter verfolgt. Deswegen hielt das RG es für geboten, die Vollstreckung der einstweiligen Verfügung als Zurücknahme der Kaufsache im Sinne des § 5 AbzG und damit als Rücktritt des Vertrags anzusehen. Es zeigt sich, daß der Eigentumsvorbehalt und das besondere Rücknahmerecht hier eine große Rolle gespielt haben. Der Eigentumsvorbehalt

---

132) RGZ 139, 205; 146, 182

und das vertragliche Rücknahmerecht haben ihre entscheidende Bedeutung in der Vorschrift des § 5 AbzG. Hätte der Verkäufer in den Fällen RGZ 139, 205 und 146, 182 sich weder Eigentum an der Sache noch ein besonderes Rücknahmerecht vorbehalten, so könnte der Verkäufer nur sein begründetes Rücktrittsrecht ausüben und alsdann einen Titel auf Herausgabe erwirken; andernfalls würde die Herausgabeklage als unbegründet abgewiesen und § 5 AbzG hier überhaupt nicht in Frage kommen. Der BGH hat indessen nicht gebührend berücksichtigt, daß in den vom RG entschiedenen Fällen der Verkäufer aufgrund seines Eigentumsvorbehalts bzw. Rücknahmerechts gegen die Käufer vorgegangen war und eine Verminderung des Kaufpreises nicht in Betracht kam [133].

Wenn man der bisherigen Rechtsprechung und der herrschenden Meinung ohne Einschränkung folgen würde, führte dies zu mißlichen Ergebnissen. Der Verkäufer, der wegen der Nichtentrichtung des Kaufpreises gegen den Käufer einen Zahlungstitel erwirkt hat, verliert im Augenblick des Rücktritts gemäß § 5 AbzG seine titulierte Kaufpreisforderung, wenn er in die Abzahlungssache vollstreckt. Dann kann der Käufer die Vollstreckungsgegenklage aus § 767 ZPO erheben; auf seinen Antrag müßte die weitere Vollstreckung eingestellt werden. Das bedeutet, daß der Verkäufer selbst mit seiner Vollstreckung seinen Kaufpreisanspruch ohne jeden Sinn vernichtet. Der langwierige Zahlungsprozeß und das mühselige Vollstreckungsverfahren wären erfolglos. Der zahlungsunwillige Käufer könnte trotz Nichtentrichtung des Kaufpreises die Zwangsvollstreckung des Verkäufers in die Abzahlungssache vereiteln und den Verkäufer zwingen, eine

133) So Lüke, JZ 1959, 115

Herausgabeklage zu erheben, deren Kosten der Käufer tragen muß. Das bedeutet also, daß im Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises durch den Käufer der Verkäufer die Kaufpreisforderung nicht durch Verwertung der Abzahlungssache befriedigen kann, was aber das Abzahlungsgesetz nicht verbietet. Ist ein solches mißliches Ergebnis für den Schutz des Abzahlungsverkäufers wirklich erforderlich? Der Verkäufer muß vom Käufer die vertragsmäßige Erfüllung verlangen können, daher wird es für richtig erachtet, daß der Käufer anders den Schaden selbst zu tragen hat. Dadurch wird dem Käufer klar werden, daß er nicht maßlos auf Abzahlung kaufen und dann als wirtschaftlich schwacher Käufer nach dem Schutz des Gesetzes rufen kann [134]. In diesem Sinne hat das Abzahlungsgesetz in § 4 zwar die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe vorgeschrieben, jedoch niemals die die vertragsgemäße Erfüllung des Abzahlungskäufers unterstützende Vertragsstrafe verboten. Wenn die Vertragsstrafe auch im Abzahlungsgesetz ihren Sinn hat, muß man die herrschende Meinung, daß die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache wegen der Kaufpreisforderung als Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG gilt, ablehnen. Außerdem hat der BGH in BGHZ 55, 59 auch angenommen, daß heute das Abzahlungsgeschäft nicht mehr vorwiegend die Geschäftsart sei, in der der sozial schwache Letztverbraucher sich die verhältnismäßig geringwertigen Güter seines persönlichen Bedarfs beschaffe. Das Abzahlungsgeschäft habe sich vielmehr in weiten Bereichen des Handels eingebürgert, in denen der Käufer nicht ohne weiteres als besonders schutzbedürftig gegenüber dem Verkäufer angesehen werden könne, beispielsweise bei der Anschaffung hochwertiger Fahrzeuge und Maschinen für den gewerblichen

---

134) So auch Paetsch, S. 71

Bedarf. Infolgedessen sei heute nicht selten eine soziale Schutzbedürftigkeit des Käufers, von der § 5 AbzG ausgehe, nicht mehr gegeben. Legt man mit dem BGH eine solche Rechtswirklichkeit als zutreffend zugrunde, so zeigt sich um so mehr, wie übertrieben die vom BGH vorgenommene Auslegung des § 5 AbzG ist.

Obwohl der BGH diese Rechtswirklichkeit anerkennt, schließt er sich der Begründung von BGHZ 15, 241 an, wonach der Geltungsbereich des § 5 AbzG nicht auf die Fälle eingeschränkt werden dürfe, in denen eine soziale Schutzbedürftigkeit des Käufers zu bejahen sei. Als Begründung hält der BGH hieran schon im Interesse der Rechtssicherheit fest, die wegen der Schwierigkeit einer abstrakten Abgrenzung bei einer auf den Einzelfall abstellenden Differenzierung in nicht zu vertretendem Umfang leiden müßte. Hier wird sogar der nicht schutzbedürftige Käufer durch die übertriebene Auslegung des § 5 AbzG allein deshalb geschützt, weil es der BGH im Interesse der Rechtssicherheit für notwendig erachtet. Diese Begründung überzeugt nicht. Soweit das Abzahlungsgesetz und die ZPO keine Vorschrift über die Anwendung des § 5 AbzG in der Zwangsvollstreckung enthalten und der BGH gezwungen ist, die Bedeutung des § 5 AbzG auszulegen, muß dies sich auch an der heutigen Rechtswirklichkeit und den Grundsätzen von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB orientieren. Eine Auslegung des § 5 AbzG, die über den eigentlichen Zweck des Abzahlungsgesetzes hinausgeht, ist im Hinblick auf die geänderte heutige Rechtswirklichkeit überflüssig [135].

---

135) Ähnliche Auffassung Mihm, Diss., S. 82 f.

Der BGH führt weiter aus, die Notwendigkeit einer Abrechnung nach § 2 AbzG bringe für den Verkäufer unter Umständen den nicht gering anzuschlagenden Nachteil mit sich, daß sein Zahlungstitel hinfällig werde und das Abrechnungsverhältnis nach §§ 2, 3 AbzG in einem neuen Rechtsstreit mit dem Käufer geklärt werden müsse. Dies erscheine dem Senat, obschon die damit verbundene Verdoppelung der Prozesse mißlich sei, nicht als so schwerwiegend, daß deshalb der hinreichend zum Ausdruck gebrachte Wille des Gesetzgebers außer Betracht gelassen werden dürfe und eine gefestigte Rechtsprechung aufgegeben oder geändert werden sollte, der seit mehr als 15 Jahren durchweg auch die Instanzgerichte und das Schrifttum gefolgt seien. Ob einer gefestigten Rechtsprechung seit mehr als 15 Jahren durchweg auch die Instanzgerichte und das Schrifttum gefolgt sind oder nicht, ist kein Argument für die Rechtfertigung der mißlichen Verdoppelung der Prozesse des Verkäufers, die sich wegen der Anwendung des § 5 AbzG auf die Zwangsvollstreckung ergibt. Der Zweck der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung ist die Erfüllung des Anspruchs und damit die Beseitigung der bereits vorliegenden schuldrechtlichen Beziehung zwischen den Parteien. Um der Rechtssicherheit willen soll der Erfüllungszweck der Zwangsvollstreckung nicht wegen des sich fortwährend ändernden sozialpolitischen Gedankens preisgegeben werden.

2. Die Kritik an der Lehre

Es ist heute als gefestigte Rechtsauffassung, daß die Zwangsvollstreckung in die eigene Sache des Abzahlungsverkäufers und die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache im Hinblick auf das Abzahlungsgesetz zulässig sind. Die vollstreckungsrechtlichen Schwierigkeiten beginnen erst, wenn man einerseits die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache zulässig annimmt und andererseits mit der herrschenden Meinung bejaht, daß die Zwangsvollstreckung des Abzahlungsverkäufers aufgrund der Restkaufpreisforderung in die Abzahlungssache nach § 5 AbzG als Ausübung des Rücktrittsrechts gilt. Denn wie die Rechtsprechung und überwiegende Literatur anerkennen, lösen jedenfalls die Zuweisung der Abzahlungssache gemäß § 825 ZPO und ihre Pfandverwertung gemäß §§ 814 - 824 ZPO auf Betreiben des Verkäufers zugleich die Rücktrittsfolgen des § 5 AbzG aus. Damit erlischt die Restkaufpreisforderung des Abzahlungsverkäufers, und der Abzahlungskäufer könnte die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO erheben. Es fragt sich, ob das Vollstreckungsorgan berechtigt und verpflichtet ist, eine weitere Vollstreckung zu untersagen oder nur Zug um Zug gegen Rückerstattung der vom Käufer gezahlten Kaufpreisraten zuzulassen, wenn das Abzahlungsgesetz, besonders dessen §§ 1 - 3, auf die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache einen Einfluß hat. Ein umfangreiches Schrifttum versucht theoretisch richtige und praktisch brauchbare Lösungen zu finden. Aber dies kann man bis heute noch nicht erreichen, wenn man die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache als Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG ansieht und damit in der Zwangsvollstreckung die Rücktrittsfolge auslöst. Die Ursachen dieser Lösungsschwierigkeiten scheinen einmal darin

zu liegen, daß man den Unterschied der Aufgaben zwischen dem Prozeßgericht und dem Vollstreckungsorgan heute nicht mehr außer acht lassen kann. Zum anderen ist man zu sehr von dem eigentlichen Gesetzeszweck und der Auslegung des § 5 AbzG ausgegangen, um die analoge Anwendung des § 5 AbzG auf die Zwangsvollstreckung des Verkäufers zu erreichen. Bei der Erörterung der verschiedenen Lösungsversuche und ihrer rechtlichen Konstruktion kann man deutlich sehen, wie bedenklich die herrschende Rechtsauffassung ist und welche dogmatischen Schwierigkeiten sie bei der Anwendung des § 5 AbzG auf die Zwangsvollstreckung nach sich zieht.

Die Vertreter der herrschenden Meinung streiten sich zunächst darum, ob bei der Pfändung die Rücktrittsfolge des § 5 AbzG ausgelöst wird. Zum Teil wird die Ansicht vertreten, daß mit der Erteilung des Vollstreckungsauftrags an den Gerichtsvollzieher schon die Rücktrittsfolge des § 5 AbzG eintritt [136]. Diese Meinung wird überwiegend abgelehnt. Denn der allgemeine Vollstreckungsauftrag richtet sich nicht auf Wegnahme der Abzahlungssache, sondern auf Vollstreckung in das Vermögen des Käufers. Ob durch diesen Auftrag die Abzahlungssache überhaupt berührt wird, hängt davon ab, ob der Käufer außer der Abzahlungssache noch andere pfändbare Vermögensstücke hat [137]. Ebensowenig ist der Pfändungsauftrag mit dem ernstlichen Herausgabeverlangen des Verkäufers gleichzusetzen [138].

---

136) LG Berlin, JW 1938, 2300; Kleinknecht, JW 1938, 3206; Hörle, Gruch 55, 193; Kubisch, NJW 1957, 569; LG Lüneburg, NJW 1958, 1143; Bauer, Das juristische Büro, 1968, S. 280

137) Auch BGHZ 39,97 = NJW 1963, 763

138) Pauli, Diss., S. 60; Klauß, Anm. 411; Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 129; Wangemann, NJW 1958, 1143; Selb, JZ 1959, 587

Eine weitere Auffassung sieht in der Pfändung den fingierten Rücktritt [139]. Dagegen sieht eine wiederum andere Auffassung in der Pfändung der Abzahlungssache noch keine Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG, wobei es hierfür keinen Unterschied mache, ob der Gerichtsvollzieher die Sache an sich nehme oder ob er sie im Gewahrsam des Schuldners gemäß § 808 Abs. 2 ZPO belasse. Erst die Verwertung soll die Rücktrittsfolge des § 5 AbzG **auslösen** [140]. Gegenüber der letzten Auffassung vertreten Crisolli-Ostler und Wangemann die Ansicht, daß es davon abhänge, ob der Käufer durch die Pfändung Besitz und Nutzung der Sache verliere, denn der § 5 AbzG fordere nicht den Besitzerwerb des Verkäufers, sondern nur den Besitzverlust des Käufers auf Veranlassung des Verkäufers. Belasse der Gerichtsvollzieher gemäß § 808 Abs. 2 ZPO dem Käufer den unmittelbaren Besitz, so behalte der Käufer weiterhin das Recht, die gepfändete Sache zu benutzen. In einer solchen Pfändung könne keine Wiederansichnahme gesehen werden. Wenn hingegen der Gerichtsvollzieher die Pfandsache in unmittelbaren Besitz nehme und der Käufer Besitz und Nutzung der Sache verliere, so greife die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG ein [141].

Schnitzer vertritt die Ansicht, daß es für die fingierte Wiederansichnahme auf den Besitzverlust allein nicht ankommen könne; es sei entscheidend auf den Nutzungsverlust des Käufers abzustellen [142]. Er

---

139) So OLG Karlsruhe, DGVZ 1955, 118; Ewald, S. 111; Staudinger, § 455, Anm. 62

140) Petermann, DRpfl. 1958, 170; Pauli, Diss., S. 61; Palandt, § 5 AbzG, Anm. 3 b); Klauß, Anm. 411; Furtner, MDR 1963, 446; BGHZ 30, 97 = MDR 1963, 406 = NJW 1963, 763

141) Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 2, 76, 77 und 126; Wangemann, NJW 1952, 1932, Anm. 10 und NJW 1958, 66; Hörle, Gruch 55, 193; Alberty, DR 1939, 1779; BGH, Urt. v. 11. 10. 1962 = WM 1962, 1263

betont, daß der Sinn und Zweck des § 5 AbzG darin liege, den Käufer vor Besitz- und Nutzungsverlust auf Veranlassung des Verkäufers zu schützen [142]. Deswegen sieht er die Wiederansichnahme in der Mitnahme des Zündschlüssels und der Kfz-Papiere, wenn der Gerichtsvollzieher bei Pfändung eines Motorrades oder Autos die Nutzungsmöglichkeit ausschließt, ohne die gepfändete Sache mitzunehmen. Er beruft sich dabei auf BGHZ 22, 123 und meint, der maßgebliche Zeitpunkt der fingierten Wiederansichnahme sei der Nutzungsverlust des Käufers [143]. Eine derartige Auslegung ist abzulehnen.

Die oben erwähnten verschiedenen Ansichten gehen schon zu weit von dem Sinn des § 5 AbzG ab. § 5 AbzG will wie §§ 1, 2 AbzG nur die unbillige Verwirkungsklausel verhindern. § 5 AbzG verwehrt also nur den zweispurigen Weg des Verkäufers. Bei der Pfändung der Abzahlungssache aufgrund des Kaufpreistitels verfolgt der Verkäufer überhaupt keinen zweispurigen Weg. Er erstrebt nur die Erfüllung des Vertrags. Die herrschende Meinung geht nicht von diesem richtigen Ausgangspunkt aus, sondern betont lediglich den erweiterten Schutzzweck des Abzahlungsgesetzes. Daraufhin entwickelte sie folgenden Grundsatz: Es komme nicht darauf an, ob der Verkäufer den alleinigen Besitz der Kaufsache zurückerlangt, sondern darauf, ob der Käufer auf Veranlassung des Verkäufers den Besitz einbüßt, der es ihm ermöglicht, die Sache zu nutzen [144]. Dieser Grundsatz findet weder im Wortlaut des § 5 AbzG noch in der Begründung der Regierungsvorlage eine Grundlage.

---

142) Schnitzer, Diss., S. 117 ff.

143) Schnitzer, Diss., S. 118

144) RG 139, 205; BGHZ 15, 171; 15, 241; 19, 326

Liest man z. B. die Entscheidung des LG Lüneburg [145], so sieht man deutlich, wie bedenklich die Begründung der herrschenden Meinung ist. Der der Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt ist folgender: Der Käufer und seine Frau haben vom Verkäufer einen Kühlschrank auf Teilzahlung gekauft. Bei Abschluß des Kaufvertrags hat sich der Verkäufer das Eigentum an dem Kühlschrank bis zur Bezahlung des Kaufpreises vorbehalten. Da der Käufer mit einem Rest des Kaufpreises in Verzug geriet, erwirkte der Verkäufer einen vollstreckbaren Zahlungsbefehl gegen den Käufer und betrieb die Zwangsvollstreckung in den Kühlschrank. Nachdem der Käufer auch eine gerichtlich angeordnete Ratenzahlungsregelung nicht eingehalten hatte, ließ der Verkäufer die Zwangsvollstreckung in den Kühlschrank fortsetzen. Bei einer von dem Gerichtsvollzieher angeordneten Versteigerung wurden Gebote nicht abgegeben. Seitdem ist der Kühlschrank bei einer dem Käufer bekannten Familie untergestellt. Der Verkäufer hat daraufhin aus dem vollstreckbaren Zahlungsbefehl wegen der Restkaufpreisforderung eine Lohnpfändung gegen den Käufer ausgebracht. Den Kühlschrank hat er freigegeben. Der Käufer hat die Rücknahme abgelehnt. Er hat die Ansicht vertreten, daß der Verkäufer durch die Zwangsvollstreckung in den Kühlschrank von dem Kaufvertrag zurückgetreten und deshalb die Kaufpreisforderung erloschen sei. Er beantragt, die Zwangsvollstreckung aus dem vollstreckbaren Zahlungsbefehl in den Lohn für unzulässig zu erklären. Das AG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Käufers hat Erfolg. Das LG beruft sich auf den vom RG und BGH entwickelten Sinn des Abzahlungsgesetzes.

---

145) LG Lüneburg, NJW 1958, 1143 - 1144

Wie oben gesehen, kann sich der Verkäufer nicht mehr weiter aus dem Lohn des Käufers befriedigen, obwohl der Käufer später einen pfändbaren Lohn hat und der Kühlschrank nicht versteigert wird. Der Käufer verweigert jetzt die Rücknahme des Kühlschrankes, den der Verkäufer freigegeben hat. Nun macht der Käufer von der erweiterten Auslegung des § 5 AbzG Gebrauch und vereitelt die Befriedigung des Kaufpreises aus dem Lohn, obwohl er zahlungsfähig ist. Also zwingt der zahlungsunwillige Käufer den Verkäufer durch Nichtbezahlung des Restkaufpreises, in die Sache zu vollstrecken und die Rücktrittsfolge eintreten zu lassen. Wäre der von der herrschenden Meinung oft erwähnte Schutzzweck des Abzahlungsgesetzes, Schutz vor Besitzverlust und Nutzung des Kaufgegenstandes, für den Käufer wichtig, [illegible] so würde der arme Käufer den Kühlschrank nach seiner Freigabe sofort zurücknehmen, um ihn besitzen und nutzen zu können. Aber im Gegensatz zu diesem vom RG und BGH entwickelten Schutzzweck interessiert den Käufer nun überhaupt nicht die Abzahlungssache, sondern lediglich sein Geld, also sein Lohn, aus dem der Verkäufer wegen des Kaufpreises befriedigt werden soll. Es zeigt sich, wie problematisch es ist, wenn man in der Pfändung der Abzahlungssache die Wiederansichnahme sieht und die Rücktrittsfolge des § 5 AbzG auslösen läßt. Einem solchen mißlichen Ergebnis und den Besonderheiten der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung trägt der BGH Rechnung. Deswegen hat der BGH in BGHZ 39, 97 entschieden, daß die Pfändung der auf Abzahlung verkauften Sache aufgrund des den Kaufpreis betreffenden Zahlungstitels noch nicht als Ausübung des Rücktrittsrechts des Verkäufers vom Kaufvertrag gilt, und zwar auch dann nicht, wenn der Gerichtsvollzieher die Sache dem Schuldner weggenommen hat.

Der BGH geht in BGHZ 39, 97 davon aus, daß im Ablauf des Vollstreckungsverfahrens die Pfändung nur vorbereitender Natur und daß der Besitzverlust der Sache bei der Pfändung und Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher noch nicht endgültig sei. Er trägt insbesondere dem Umstand Rechnung, daß der Gerichtsvollzieher ohne Wissen des Verkäufers die Abzahlungssache pfändet und der Verkäufer sie nach Kenntnis der Pfändung freigibt. Es ist auch möglich, daß der Käufer unter dem Druck der Pfändung den Restkaufpreis bezahlt und die Pfändung danach wieder aufgehoben wird. Auch ist der BGH in BGHZ 39, 97 der Ansicht, daß das schutzwürdige Interesse des Käufers es nicht erfordere, ihm schon im Zeitpunkt der Pfändung den Schutz des § 5 AbzG zuteil werden zu lassen, da beachtenswerte Interessen des Verkäufers dem entgegenstehen; deswegen vertritt der BGH eine andere Ansicht als Crisolli-Ostler und Wangemann.

Wenn die herrschende Meinung sagt, es komme nicht darauf an, ob der Verkäufer den alleinigen Besitz der Kaufsache zurückerlangt, sondern darauf, ob der Käufer auf Veranlassung des Verkäufers den Besitz einbüßt, der es ihm ermöglicht, die Sache zu nutzen, dann müßte die Entscheidung der BGHZ 39, 97 mit der herrschenden Meinung in Widerspruch stehen. Denn der BGH sieht in der Entziehung der Abzahlungssache durch den Gerichtsvollzieher noch keine Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG.

Schrifttum und Rechtsprechung sehen überwiegend in einer Pfandverwertung durch den Verkäufer eine Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG [146].

146) Klauß, Anm. 418; Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 132; Wangemann, NJW 1952, 1321; Petermann, DRpfl. 1958, 169; Furtner, MDR 1963, 447; Nöldeke, NJW 1964, 2243; BGHZ 15, 171; 15, 241; 55, 59

Die Verwertungsarten sind verschieden. Bei der öffentlichen Versteigerung kann der Verkäufer die gepfändete Sache selbst ersteigern, was ihm nach § 817 Abs. 4 ZPO gestattet ist, oder ein Dritter ersteigert sie. Ferner kann die gepfändete Sache dem Verkäufer auf seinen Antrag vom Vollstreckungsgericht nach § 825 ZPO zum Festpreis zugewiesen werden. Mit Durchführung der Versteigerung verliert der Käufer auf jeden Fall den Besitz an der Abzahlungssache, deswegen betrachtet dies die herrschende Meinung in diesem Zeitpunkt als Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG. Ersteigert der Abzahlungsverkäufer die Sache selbst, so nimmt er sie körperlich wieder zurück, wenn man allein die rein äußerliche Besitzänderung der Abzahlungssache sieht, ohne den Zweck der Versteigerung im Vollstreckungsverfahren zu beachten. Aber dieser in der Literatur und Rechtsprechung vertretenen Rechtsauffassung kann nicht beigepflichtet werden.

Ersteigert der Verkäufer selbst die Abzahlungssache, so hat er keineswegs die Sache und den Kaufpreis erhalten, weil er den Versteigerungserlös hierfür bezahlen oder von seiner Kaufpreisforderung abrechnen lassen muß. Also kommt dem Abzahlungskäufer der Erlös in Anrechnung auf seine Schuld zugute [147]. Außerdem erfolgt die Versteigerung nicht aufgrund des Eigentumsvorbehalts, sondern aufgrund des Zahlungstitels [148]. Der Wortlaut des § 5 AbzG deckt demnach nicht den Fall, daß der Verkäufer in die Kaufsache vollstreckt.

---

147) So auch Aubele, § 5, Anm. 25; Rühl, S. 262 ff.; Kaufmann, Gruch 53, 347; Etzold, Diss., S. 107 ff.

148) So Spiro, AcP 133, 331; Kaufmann, Gruch 53, 347

Es wird oft gesagt, daß die Rücktrittswirkung des Abzahlungsgesetzes auch dann eintreten müsse, wenn der Verkäufer sich das Eigentum überhaupt nicht vorbehält, wenn er aber den Gegenstand in der Zwangsvollstreckung erwirbt und ihn auf diese Weise wieder an sich bringt[149]. Dieser Ansicht ist nicht beizupflichten.

Wenn der Verkäufer sich das Eigentum an der Sache nicht vorbehält, hat er alle seine Verpflichtungen aus dem Abzahlungskauf dem Käufer gegenüber erfüllt. Der Käufer muß nur seine Kaufpreisschuld regelmäßig bezahlen. Der Käufer ist nun Eigentümer und kann über die Abzahlungssache beliebig verfügen. Der Verkäufer hat in diesem Fall weder das Recht noch die Verpflichtung in das Vorgehen des Käufers einzugreifen, obwohl der Käufer den [illegible] Restkaufpreis noch nicht völlig bezahlt hat. Ebensowenig ist der Verkäufer verpflichtet, den Käufer vor dem Besitz- und Nutzungsverlust der Abzahlungssache zu schützen. Hier unterscheidet sich die Abzahlungssache nicht mehr von anderem Vermögen des Käufers. Die Rechtsstellung des Abzahlungsverkäufers ist genau wie die der anderen gewöhnlichen Gläubiger des Abzahlungskäufers. Wenn der Käufer einem anderen Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung ein Pfandrecht an der Abzahlungssache bestellt, kann sich der Abzahlungsverkäufer, falls der Käufer seiner Zahlungsverpflichtung nicht weiter nachkommt, erst nach dem Pfandgläubiger für den ihm noch geschuldeten Restkaufpreis befriedigen.

---

149) BGHZ 19, 326 = WM 1956, 127; Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 4, 5 und 111; Schnitzer, Diss., S. 57 - 59; Kleinknecht, JW 1938, 3206; Eichelhardt, Diss., S. 88; Alberty, DR 1939, 1776; Cremer, Diss., S. 14 und 33; BGHZ 19, 326 ist der Ansicht, daß die Rücktrittsfolge des § 5 AbzG gilt, wenn der Verkäufer sich das Eigentum an der Sache nicht vorbehalten oder vor der Pfändung und Verwertung der Sache auf seinen Eigentumsvorbehalt verzichtet hat. A. A.: Klauß, Anm. 381 und 401; Pauli, Diss., S. 54; Kuhn, RGR-Komm., § 445, Anm. V; Wendt, MDR 1957, 455 ff.

Im Hinblick auf eine solche schlechte Rechtsstellung des Abzahlungsverkäufers im Fall der unbedingten Übereignung gibt es keinen Grund, ihn im Vollstreckungsverfahren allein wegen der Abzahlung ungünstiger als die anderen Gläubiger zu behandeln. Vollstreckt der Abzahlungsverkäufer aus seiner titulierten Kaufpreisforderung in die Abzahlungssache, so muß seine Rechtsstellung im Vollstreckungsverfahren gleich der der anderen gewöhnlichen Gläubiger des Käufers sein. Deswegen sind die Entscheidung des BGH in BGHZ 19, 326 und die herrschende Meinung abzulehnen.

Die herrschende Lehre und die Rechtsprechung gehen von einem falschen Schutzzweck des Abzahlungsgesetzes aus und führen zur Anwendung des § 5 AbzG, auch wenn der Abzahlungsverkäufer in die von ihm unbedingt übereignete Abzahlungssache vollstreckt. Eine solche Ansicht ist bedenklich. Deswegen lehnt ein Teil der Lehre [150] im Ergebnis auch diese übertriebene Ansicht ab, obwohl sie im Fall des Eigentumsvorbehalts die Zwangsvollstreckung des Verkäufers in die Abzahlungssache mit Zustimmung der herrschenden Meinung als Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG ansieht.

Überdies ist der vom RG und BGH entwickelte Grundsatz sehr bedenklich, wenn in der Praxis dieser Grundsatz in Fällen der Zwangsvollstreckung wegen der Kaufpreisforderung zur Anwendung kommt und man die verschiedenen Formen des Besitzverlustes betrachtet: z. B. betreibt der Verkäufer die Zwangsvollstreckung

---

150) Z.B. Pauli, Diss., S. 54 ff.; Klauß, Anm. 381, 392 und 401

in die Sache nicht aufgrund des Restkaufpreistitels, sondern wegen einer sonstigen dem Verkäufer gegen den Käufer zustehenden Geldforderung; ein Gläubiger des Verkäufers vollstreckt wegen seines Zahlungsanspruchs in die Abzahlungssache; ein anderer Gläubiger des Käufers vollstreckt ohne Intervention des Verkäufers in die Abzahlungssache [151]. Würden die genannten Voraussetzungen, nämlich die Veranlassung des Verkäufers und der Besitzverlust der Sache, für die Anwendung des § 5 AbzG maßgeblich sein, so müßte man diese Beispiele unvermeidlich als Wiederansichnahme ansehen, was aber rechtsdogmatisch unmöglich ist.

Nach der überwiegenden Meinung kann das Problem der Wiederansichnahme in der Zwangsvollstreckung nur dann aufgeworfen werden, wenn diese aufgrund des Restkaufpreistitels betrieben wird und nicht wegen einer anderen außerhalb des Abzahlungsgeschäftes begründeten Forderung [152]. Vollstreckt der Verkäufer aus einem Vollstreckungstitel für eine ganz andere Forderung in eine Abzahlungssache, so kann in der Vollstreckungsmaßnahme keinesfalls eine Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG erblickt werden. Würde man "den veranlaßten Besitzverlust" als Voraussetzung für die Anwendung des

---

151) Diese Frage wird im 2. Kapitel III dieser Arbeit behandelt werden.

152) So Crisolli, JW 1934, 1822; Alberty, DR 1939, 1777 zu IV; Palandt, § 5, Anm. 3 b; Pauli, Diss., S. 54; Klauß, Anm. 402; Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 123; Furtner, MDR 1963, 447; a.A. Schnitzer, Diss., S. 135 - 136; Kleinknecht, JW 1938, 3206. Kleinknecht läßt für die Anwendung des § 5 AbzG die Zwangsvollstreckung aus dem Kaufpreistitel oder aus einem anderen Titel genügen. Cremer, Diss., S. 46. Cremer stellt fest, daß es keinen Unterschied machen kann, ob die Zwangsvollstreckung wegen der Kaufpreisforderung aus dem Abzahlungsvertrag oder wegen einer anderen Geldforderung erfolgt.

§ 5 AbzG betrachten, so müßte dieser Fall auch den Tatbestand der Wiederansichnahme erfüllen. Denn der Käufer verliert auch in diesem Fall den Besitz an der Abzahlungssache durch die Verwertung in der Zwangsvollstreckung. Aber das Ergebnis überzeugt nicht, denn der Restkaufpreis und die andere Forderung bilden überhaupt keine Einheit. Die beiden Ansprüche sind selbständig. Bei der Zwangsvollstrekkung in die Abzahlungssache wegen einer anderen als der Restkaufpreisforderung kann das Abzahlungsgesetz keine Anwendung finden, weil eine solche Forderung mit dem Abzahlungsgeschäft keinen Zusammenhang hat. Der wirtschaftliche Vorgang ist nämlich ein anderer. Wenn man den vom RG und BGH entwickelten Grundsatz für richtig halten würde, so käme man nicht umhin, auch dort § 5 AbzG anzuwenden, wo der Verkäufer etwa wegen einer nicht dem Abzahlungsgeschäft zugehörigen Forderung allein die Abzahlungssache versteigert. Es ist nicht zu verstehen, warum der Abzahlungskäufer in diesem Fall auch schutzwürdig sein soll.

Ferner verhindert der Vorbehaltungsverkäufer die Zwangsvollstreckung des Drittgläubigers in die Abzahlungssache nicht, sondern befriedigt sich vorzugsweise gemäß § 805 ZPO aus dem Erlös, nachdem der Drittgläubiger des Käufers die Versteigerung betrieben hat [153]. In diesem Fall hat der BGH [154] ausgesprochen, daß § 5 AbzG nicht anwendbar sei, wenn der Verkäufer vorzugsweise Befriedigung gemäß § 805 ZPO verlange. Würde man die Unterlassung der Intervention als Veranlassung des Verkäufers ansehen und den Zugriff auf den Erlös als Wiederansichnahme betrachten, so könne der Verkäufer sogar nicht einmal vorzugsweise Befriedigung verlangen, was er aber

153) Vgl. Stein-Jonas-Schönke, 17. Aufl., § 805, Anm. III
154) BGHZ 39, 173 = NJW 1963, 1200 = MDR 1963, 588

nach ZPO darf [153]. Es wird damit deutlich, daß allein die Unterlassung der Intervention und der Zugriff auf den Erlös keinesfalls die Voraussetzungen des § 5 AbzG erfüllen können.

Wenn der vom RG und BGH entwickelte Grundsatz, daß es nicht darauf ankommt, ob der Verkäufer den alleinigen Besitz der Kaufsache zurückerlangt, sondern darauf, ob der Käufer auf Veranlassung des Verkäufers den Besitz verliert, in der Zwangsvollstreckung zur Bejahung der Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG führen würde, müßte der Fall der Mehrfachpfändung auch als Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG gelten. Auch einer solchen Auslegung kann man nicht beipflichten. Denn der Verkäufer kann sich mit seiner Rechtsstellung begnügen, wenn der zu erwartende Erlösanteil seinen Restkaufpreis deckt. In diesem Fall sind alle Vollstreckungsgläubiger gleichberechtigt. Wenn alle Gläubiger die Verwertung betreiben, bewirkt der Verkäufer den Besitzverlust beim Käufer mit den anderen Gläubigern, jedoch nicht allein. Löst dies die Rücktrittsfolge des § 5 AbzG aus? Darf sich der Abzahlungsverkäufer allein nicht aus dem Erlös der von allen Gläubigern betriebenen Versteigerung der Abzahlungssache befriedigen? Wenn der Verkäufer gemäß § 805 ZPO Befriedigung verlangen darf, muß er sich auch bei der Mehrfachpfändung wegen seiner Restkaufpreisforderung befriedigen können, weil das wirtschaftliche Ergebnis für den Käufer das gleiche ist. Wenn man den Satz, daß der Käufer auf Veranlassung des Verkäufers den Besitz und damit die Nutzungsmöglichkeit einbüßt, als Voraussetzung des § 5 AbzG ansehen würde, so könnte man die obigen mißlichen Ergebnisse nicht vermeiden.

Ebensowenig kann man den Fall der Drittersteigerung [155] als Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG ansehen. Wie oben gesehen, ist die Bestimmung des § 5 AbzG nach der Auffassung des BGH nicht anwendbar, falls sich der Verkäufer in der Zwangsvollstreckung vorzugsweise gemäß § 805 ZPO aus dem Erlös befriedigt. Wirtschaftlich betrachtet, ist der Erfolg im Fall der Drittersteigerung jedoch der gleiche wie im Fall des § 805 ZPO, weil der Restkaufpreisanspruch des Verkäufers nur aus dem Erlös befriedigt wird. Hier erlangt nicht der Verkäufer den bei der Verwertung entstehenden Versteigerungsmindererlös, sondern ein Dritter. Der Verkäufer erlangt auch hier nur im Wege der Verrechnung den dem wahren Sachwert gewöhnlich nicht entsprechenden Erlös aus der Versteigerung, was der Abzahlungskäufer wie jeder andere Vollstreckungsschuldner bei dem Vollstreckungsverfahren hinnehmen muß. Wenn § 5 AbzG im Fall der vorzugsweisen Befriedigung gemäß § 805 ZPO nicht zur Anwendung kommt, muß dies auch im Fall der Drittersteigerung gelten.

Da die herrschende Meinung in der Vollstreckungsmaßnahme die Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG sieht und die Rücktrittsfolge des § 5 AbzG annimmt, behauptet sie, daß der Abzahlungsverkäufer wegen seiner Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache die §§ 1 - 3 AbzG umgeht. Daher versucht die Lehre, rechtzeitig durch die Gewährung verschiedener vollstreckungsrechtlicher Rechtsbehelfe die Umgehung der §§ 1-3 AbzG zu verhindern. Die Lösungsversuche enthalten immer [illegible] dogmatischen Schwierigkeiten, wenn man im Hinblick auf den Zeitpunkt der Rücktritts-

155) BGHZ 55,59

fiktion die von der Lehre zugestandenen Rechtsbehelfe ins Auge faßt. Nach der Rechtsprechung liegt eine Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG weder bereits in der Pfändung noch in der Fortschaffung der Sache in die Pfandkammer des Gerichtsvollziehers oder der Anberaumung eines Versteigerungstermins, sondern erst in der Versteigerung selbst [156]. Im Fall der Verwertung durch Überweisung der Sache an den Gläubiger gemäß § 825 ZPO wird die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG an die Übergabe der Sache durch den Gerichtsvollzieher an den Gläubiger geknüpft [157]. Der endgültige Besitzverlust ist im Zeitpunkt der Ersteigerung oder Aushändigung der Sache an den Ersteher oder Gläubiger möglich. Vor diesem Zeitpunkt erfüllt der endgültige Besitzverlust noch nicht den Tatbestand des § 5 AbzG. Schon zu einem früheren Zeitpunkt, etwa mit der Antragstellung, der Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG rechtliche Bedeutung beizumessen, dazu zwingt weder der Wortlaut noch der Zweckgedanke dieser Vorschrift [158]. Wegen der vollstreckungsrechtlichen Zweckmäßigkeitserwägungen wird der Zeitpunkt der fingierten Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG möglichst weit hinausgeschoben [159]. Aber der hinausgeschobene Zeitpunkt bereitet der herrschenden Lehre die Schwierigkeit, dem Käufer Rechtsbehelfe zu geben. Theoretisch steht dem Käufer nach der herrschenden Meinung eine Vollstreckungs-

---

156) BGHZ 15, 171; BGHZ 39, 97 = NJW 1963, 763

157) So Wangemann, NJW 1952, 1320; Alberty, DR 1939, 1777; Furtner, MDR 1963, 447

158) Wangemann, NJW 1952, 1320

159) Wangemann, NJW 1952, 1320; Furtner, MDR 1963, 447; LG Bielefeld, NJW 1970, 337

gegenklage gemäß § 767 ZPO zu, sobald der Käufer den Besitz an der Sache bei der Versteigerung endgültig verliert. Jedoch kommt in der Praxis für den Käufer eine solche Vollstreckungsgegenklage insoweit überhaupt nicht mehr in Frage, wenn der Verkäufer sich in der Zwangsvollstreckung voll befriedigt, denn in demselben Zeitpunkt treten gleichzeitig die Rücktrittsfiktion und die Beendigung der Zwangsvollstreckung ein [160]. Also muß die Vollstreckungsgegenklage vor dem endgültigen Besitzverlust unbegründet und danach wegen der Beendigung der Zwangsvollstreckung unzulässig sein, weil im letzteren Fall der Verkäufer sich bereits voll befriedigt hat. Um solche Schwierigkeiten zu vermeiden, versucht die Lehre, entweder die Rücktrittsfolge bereits vor dem endgültigen Besitzverlust eintreten zu lassen [161] oder die Vorschriften der §§ 766, 765 a ZPO zur Anwendung zu bringen [162]. Der erste Versuch ist theoretisch betrachtet inkonsequent, denn vor einem früheren Zeitpunkt erfüllt der endgültige Besitzverlust nicht den Tatbestand des § 5 AbzG und löst damit noch keine Rücktrittsfolge aus. Wenn der erste Versuch richtig wäre, müßte die Rücktrittsfiktion ohne den endgültigen Besitzverlust eintreten, was aber der Rechtsprechung [163] widerspricht und die Zweckmäßigkeitserwägungen verkennt.

---

160) Nöldeke, NJW 1964, 2244; LG Bielefeld, NJW 1970, 337

161) Klauß, § 5, Anm. 433; Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 136; Hampel, JR 1958, 405; Schnitzer, Diss., S. 155 ff.

162) Wangemann, NJW 1952, 1320; Furtner, MDR 1963, 447; Nöldeke, NJW 1964, 2243; Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 122 und 159; Pauli, Diss., S. 84 ff.; Alberty, DR 1939, 1776

163) BGHZ 39, 97

Nöldeke [164] sieht die nach der Rechtsprechung entstehenden Schwierigkeiten und sucht nach einer Lösung, um dem Käufer rechtzeitig zu helfen. Er geht davon aus, daß die Vollstreckung zu einer Umgehung des § 3 AbzG führen würde, ohne daß sich der Schuldner dagegen wehren könnte. Deswegen sieht er in einer solchen Vollstreckung einen Fall des § 765 a ZPO. Er gibt dem Schuldner den Rechtsbehelf des § 765 a ZPO, um die Versteigerung zu verhindern. Der Ansicht von Nöldeke ist nicht beizupflichten. Nach § 767 ZPO sind die materiellen Einwendungen, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, vom Schuldner im Weg der Klage bei dem Prozeßgericht des ersten Rechtszuges geltend zu machen. Die Konsequenz für die Verwertung durch die Versteigerung kann nur darin bestehen, daß von den Vorschriften der §§ 767, 769 ZPO, jedoch nicht von § 765 a ZPO die Rede sein kann. Die Anwendung des § 765 a ZPO muß in diesem Fall ausscheiden. Außerdem kann man nicht, wie die überwiegende Meinung und Nöldeke, die Vollstreckung als Umgehung des § 3 AbzG ansehen, wenn man dem Abzahlungsverkäufer die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache ohne Rücksicht auf etwaige Gegenansprüche des Käufers gestattet. Ebensowenig werden die Voraussetzungen des § 765 a ZPO dadurch erfüllt, daß die Vollstreckung unter voller Würdigung des Schutzbedürfnisses des Gläubigers wegen ganz besonderer Umstände eine sittenwidrige Härte bedeutet, wenn der zahlungsfähige Käufer nicht mehr weiter bezahlt und anschließend gezwungen wird, durch die Versteigerung der Sache seine Schuld zu erfüllen.

---

164) Nöldeke, NJW 1964, 2243; auch Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 108, 109, 122 und 159

Der Fall des § 765 a ZPO darf überhaupt nicht im Rahmen des Abzahlungskaufs gelten, weil die Vorschrift des § 765 a ZPO nur in ganz besonderen Ausnahmefällen eingreift [165].

Auf ähnliche Weise vertritt Furtner [166] die Auffassung, daß der Käufer die Erinnerung nach § 766 ZPO einlegen könne, sobald die Sache gepfändet wird. Er meint, eine durch die Versteigerung bewirkte Umgehung des § 3 AbzG stelle sich als ein Verstoß des Gläubigers gegen Treu und Glauben dar. Dieser Verstoß könne vom Schuldner über § 766 ZPO im Vollstreckungsverfahren gerügt werden. Lasse der Verkäufer die auf Abzahlung verkaufte Sache wegen des Kaufpreises pfänden, obwohl dem Käufer bei Eintritt der in § 5 AbzG vorgesehenen Regelung gemäß §§ 1, 2 AbzG ein Rückzahlungsanspruch zustehe, so handele er treuwidrig, und zwar deshalb, weil er einen Weg beschreite, der es dem Käufer unmöglich mache, seine Rechte aus § 3 AbzG im gleichen Verfahren zu verwirklichen. Die Ansicht von Furtner ist abzulehnen, weil es schon zweifelhaft ist, ob der Gläubiger treuwidrig handelt, wenn er einen ihm vom Gesetz eröffneten Weg der Pfandverwertung beschreitet [167]. Außerdem können nur Verfahrensverstöße der Vollstreckungsorgane Verfahrensgegenstand der Erinnerung nach § 766 ZPO sein [168]. Der Gerichtsvollzieher darf nicht die

---

165) So auch Schnitzer, Diss., S. 83 ff.

166) Furtner, MDR 1963, 447; auch Wangemann, NJW 1952, 1321

167) So auch LG Bielefeld, NJW 1970, 338; Schnitzer, Diss., S. 88

168) Vgl. Stein-Jonas-Schönke, § 766, Anm. II 1 und § 767, Anm. I 4; Grisolli-Ostler, § 5, Anm. 149 und 155; Klauß, § 5, Anm. 437; Rosenberg, § 183 II 1

materielle Rechtslage prüfen; daher kann er auch keine summarische Prüfung der Gegenansprüche des Schuldners gemäß §§ 1, 2 AbzG vornehmen. Wenn eine summarische Prüfung systematisch unmöglich ist, kann auch nicht darüber entschieden werden, ob dem Käufer ein Gegenanspruch aus §§ 1 - 3 AbzG zusteht und ob die Pfändung der Sache gegen Treu und Glauben verstößt. Die Wirkung der durch die Versteigerung eintretenden Rücktrittsfiktion kann höchstens die Einwendung gemäß § 767 ZPO, nicht jedoch die Erinnerung nach § 766 ZPO zur Folge haben [169].

Es zeigt sich, daß man im Vollstreckungsverfahren die §§ 1 - 3 AbzG, die materiellrechtliche Vorschriften darstellen, nicht berücksichtigen darf. Denn die Berücksichtigung der materiellrechtlichen Vorschriften gehört nicht zur Aufgabe des Vollstreckungsorgans. Die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Prozeßgericht und Vollstreckungsorgan ist ein fester Grundsatz. Heute kann man sich nicht wie damals Crisolli im Jahre 1934 mit dem "neuen Geist in der Rechtsprechung" [170] oder wie die überwiegende Lehre und Rechtsprechung mit dem sozialpolitischen Zweck des Abzahlungsgesetzes begnügen, um die Berücksichtigung der §§ 1 - 3 AbzG im Vollstreckungsverfahren zu bejahen. Solange die Frage, ob nach dem AbzG und der ZPO der Abzahlungsverkäufer aus der Abzahlungssache seine titulierte Restkaufpreisforderung befriedigen darf, bejaht ist, darf das Betreiben der Vollstreckung als Erfüllungsmaßnahme nicht als Umgehung des Abzahlungsgesetzes angesehen werden. Wer die Zwangsvollstreckung

---

169) Ostler-Weidner, § 5, Anm. 150 ff.; Klauß, Anm. 426 ff.; Rühl, S. 173; Serick, S. 198 f.; Lüke, JZ 1959, 119; Erman-Weitnauer-Klingensporn, § 5, Anm. 4. A.M. Pauli, Diss., S. 85 f.; Alberty, DR 1939, 1779; Furtner, MDR 1963, 445

170) Crisolli, JW 1934, 1821

in die Abzahlungssache für eine Umgehung des Abzahlungsgesetzes hält und die Anwendung des § 5 AbzG für nötig erachtet, müßte von Anfang an den Zwangsvollstreckungsantrag des Verkäufers, in die Abzahlungssache vollstrecken zu wollen, verbieten. Aber einer solchen Auslegung folgt nicht einmal die herrschende Meinung. Vielmehr gestattet zunächst die herrschende Meinung dem Gläubiger die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache, dann aber spricht sie bei der Verwertung der Abzahlungssache den Untergang der titulierten Forderung aus. Trotzdem läßt sie den Verkäufer den Erlös erwerben und meint, es sei Sache des Käufers, ob er den Weg des § 767 ZPO gegen den Verkäufer verfolgt. Sie läßt also das Vollstreckungsverfahren selbst von den Auswirkungen der Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG unberührt.

Ob und wieweit die herrschende Meinung in der Praxis den Abzahlungskäufern dienen kann, ist sehr zweifelhaft. Denn in der Gerichtspraxis gibt es kaum einen Fall, in dem der Käufer wirklich von dem gezahlten Kaufpreis etwas zurückverlangen kann, weil der Verkäufer mit der Zahlungsklage meistens so lange wartet, bis seine Ansprüche aus § 2 AbzG ausreichen, um den Gegenanspruch des Käufers zu tilgen [171]. Der Gegenanspruch des Käufers nach §§ 1 - 3 AbzG ist meistens nur theoretischer Natur. Die bisherige Rechtsprechung und die überwiegende Lehre können dem Käufer nicht helfen, vielmehr verschlechtern sie den Rückzahlungsanspruch des Käufers. Denn die Rechtsprechung, die die Zwangsvollstreckung aus dem Zahlungstitel in die Abzahlungssache als Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG ansieht, zwingt den Verkäufer, diese prozessuale Taktik zu ergreifen.

171) Vgl. Ewald, AcP 159, 81

III. Die Zwangsvollstreckung Dritter in die Abzahlungssache

Drittgläubiger des Abzahlungskäufers oder Gläubiger des Abzahlungsverkäufers können die Zwangsvollstreckung auch in die unter Eigentumsvorbehalt und auf Abzahlung verkaufte Sache betreiben. Wenn die Abzahlungssache versteigert wird und sie der Drittgläubiger oder ein anderer ersteigert, so erwirbt dieser das Eigentum an der Sache, weil der Eigentumserwerb kraft hoheitlicher Zuweisung durch den Gerichtsvollzieher eingetreten ist, der sich in Zuschlag und Ablieferung der Sache vollzogen hat. In diesem Fall verliert der Verkäufer das Eigentum an der Sache und der Käufer den Besitz an der Sache. Da die Abzahlungssache dem Käufer durch die Zwangsvollstreckung Dritter entzogen worden ist, vertritt die Lehre unter bestimmten Bedingungen die Ansicht, daß die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG in diesem Fall auch eintrete [172]. Ob eine solche Ansicht haltbar ist, soll im folgenden erörtert werden.

1. Die Vollstreckung durch den Gläubiger des Abzahlungskäufers

Pfändet der Drittgläubiger des Abzahlungskäufers die Abzahlungssache, so kann der Abzahlungsverkäufer, der sich das Eigentum an der Sache vorbehalten hat, die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO erheben. Ist aber die Abzahlungssache versteigert und der Erlös an den vollstreckenden Gläubiger ausgezahlt, dann ist die Zwangsvollstreckung beendet.

---

172) Hausmann, § 5, Anm. 2; Hörle, Gruch 55, 193; Fuld, Gruch 39, 572; Cremer, Diss., S. 42 ff.; Klauß, § 5, Anm. 458 ff.; Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 95; Wangemann, NJW 1958, 505; Schnitzer, Diss., S. 135 ff.; Eichelhardt, Diss., S. 79 ff.

Der Verkäufer kann nicht mehr intervenieren. Hier sieht die Lehre im Unterlassen der Intervention den vom Verkäufer veranlaßten Besitzverlust [173]. Sie geht davon aus, daß aus dem geschlossenen Abzahlungsgeschäft dem Verkäufer die Verpflichtung obliegt, dem Käufer nicht bloß das Eigentum zu verschaffen, sondern auch in der Zeit bis zum Eigentumserwerb den Besitz und Gebrauch der Abzahlungssache zu überlassen. Daraus folge, daß der Verkäufer die vertragliche Nebenpflicht habe, seinerseits alles zu tun, um eine Beeinträchtigung des dem Käufer zustehenden Besitz- und Nutzungsrechtes zu verhindern. Wenn der Abzahlungsverkäufer die Durchführung der Zwangsvollstreckung nicht verhindert habe, sei wirtschaftlich der vom Abzahlungsgesetz nicht gewollte Tatbestand eingetreten, daß der Käufer den Besitz der Sache verloren hat, und zwar dadurch, daß der allein zur Intervention berechtigte Verkäufer von seinem Herrschaftsrecht in der Weise Gebrauch gemacht habe, daß er den Verlust seines Eigentums geschehen ließ [174]. Wollte man auf diese Fälle des Nutzungsentzuges § 5 AbzG nicht anwenden, so umginge man den § 5 AbzG, dessen Sinn und Zweck es sei, den Käufer vor einem Nutzungsentzug bei Fortbestand seiner vertraglichen Pflichten zu schützen. Ein solcher Schutz bestehe aber nur, wenn jeder vom Verkäufer gebilligte Nutzungsverlust ein Fall der fingierten Wiederansichnahme sei, gleichgültig ob dieses Ergebnis ein Drittgläubiger des Käufers mit Billigung des Verkäufers oder letzterer selbst herbeigeführt habe [175].

---

173) Cremer, Diss., S. 42 ff.; Schnitzer, Diss., S. 135 ff.;
174) Cremer, Diss., S. 42 - 43
175) Schnitzer, Diss., S. 136

Diese Begründung überzeugt nicht. Aus den §§ 433 ff. BGB folgt keine Rechtspflicht des Verkäufers, den Käufer vor Zwangszugriffen Dritter zu bewahren, insbesondere wenn es sich bei diesen Dritten um einen Gläubiger des Käufers selbst handelt. Auch trifft eine derartige Verpflichtung nicht den Abzahlungsverkäufer. Der Verkäufer ist zwar berechtigt, im eigenen Interesse zu intervenieren, nicht aber dem Käufer gegenüber verpflichtet, einer Verwertung entgegenzutreten [176]. Nicht zu verkennen ist, daß der Käufer zwar vor der völligen Bezahlung des Kaufpreises noch nicht Eigentümer ist, jedoch schon einen eigenen Vermögenswert erhalten hat - nämlich sein Anwartschaftsrecht. Dieses subjektive Recht ist für den Käufer selbst schon von Wert, wenn der Kaufpreisrest sehr gering ist und er über diesen Wert des Anwartschaftsrechts verfügen möchte. Vor allem ist das Anwartschaftsrecht sehr von Wert für den Gläubiger des Käufers. Wegen dieses Vermögenswerts kann der Käufer den Zugriff seines Gläubigers nicht vermeiden, gleichgültig ob der Käufer die Sache auf Abzahlung gekauft hat oder nicht. Hier kann er sich keineswegs gegenüber seinem Drittgläubiger darauf berufen, daß das Abzahlungsgesetz den Käufer vor Besitz- und Nutzungsverlust schützen will.

Vollstreckt der Gläubiger des Käufers in die Abzahlungssache und versteigert er sie, so ist der Verkäufer nicht verpflichtet, eine Drittwiderspruchs-

---

176) So auch Selb, JZ 1959, 588; Serick, S. 171 und 296; Asch, AcP 140, 196. A.A. Wangemann, NJW 1958, 504; Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 95

Klage zu erheben. Ebensowenig ist der Verkäufer dem Käufer gegenüber verpflichtet zu intervenieren, falls der Käufer über die Sache freiwillig zugunsten eines Dritten verfügt. Ob der Verkäufer bei der Zwangsvollstreckung des Gläubigers intervenieren will, hängt allein davon ab, ob seine Intervention für sein eigenes Interesse notwendig ist oder nicht. Der Käufer hat kein Recht, den Verkäufer zu zwingen. Das Abzahlungsgesetz will den Käufer nur vor dem Verkäufer schützen und nicht etwa vor jedem am Abzahlungskauf nicht beteiligten dritten Gläubiger [177]. Ob der Verkäufer zu der Intervention aufgrund des Kaufvertrags und des vorbehaltenen Eigentums verpflichtet ist, kann daher im Rahmen des Abzahlungsgesetzes keine Bedeutung haben. Denn die Beantwortung dieser Frage ist allein für eine Schadensersatzpflicht des Verkäufers bedeutsam, die durch das Abzahlungsgesetz nicht berührt wird [178].

Selbst wenn man eine Rechtspflicht des Verkäufers zur Intervention annähme, ist der Verkäufer auch gar nicht in der Lage, die Zwangsvollstreckung des Drittgläubigers in die Abzahlungssache erfolgreich zu verhindern. Der Drittgläubiger kann der Intervention des Verkäufers dadurch begegnen, daß er den Restkaufpreis an den Verkäufer zahlt und damit den automatischen Übergang des Volleigentums auf den Käufer herbeiführt. Dieses Recht ist dem Dritten gemäß § 267 BGB ausdrücklich eingeräumt. Wenn der Käufer der Zahlung des Drittgläubigers widerspricht,

---

177) So auch Lent, JR 1953, 145; LG Köln, NJW 1958, 504; Selb, JZ 1959, 588

178) Eichelhardt, Diss., S. 82

so ist der Verkäufer gemäß § 267 Abs. 2 BGB berechtigt, die Leistung abzulehnen, um die Intervention erfolgreich durchzuführen. Aber der Drittgläubiger kann die Intervention des Verkäufers dadurch unmöglich machen, daß der Drittgläubiger nicht nur die Sache, sondern auch gemäß § 857 ZPO das Anwartschaftsrecht des Käufers aus der bedingten Übereignung der Sache pfändet [179]. Die Pfändung des Anwartschaftsrechtes nimmt dem Käufer das Widerspruchsrecht aus § 267 Abs. 2 BGB. Denn das Widerspruchsrecht stellt einen Ausfluß des Anwartschaftsrechts dar, und der Widerspruch des Käufers bedeutet eine verbotene Verfügung über das gepfändete Anwartschaftsrecht gemäß §§ 857, 829 ZPO. Da der Käufer nach der Pfändung des Anwartschaftsrechts der Zahlung des Drittgläubigers nicht mehr widersprechen darf, kann der Verkäufer auch die Annahme der von dem Drittgläubiger angebotenen Zahlung des Restkaufpreises nicht verweigern. Lehnt der Verkäufer auch jetzt noch die Annahme des Geldes ab, so gilt gemäß der Regel des § 162 Abs. 1 BGB die aufschiebende Bedingung für die Erlangung des Volleigentums durch den Käufer als eingetreten. Der Verkäufer verliert sein die Veräußerung hinderndes Recht und damit die Widerspruchsmöglichkeit aus § 771 ZPO [179]. Der Käufer wird jetzt Eigentümer der Abzahlungssache. Der Drittgläubiger kann somit unbehindert durch den Verkäufer die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache betreiben.

Muß die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG allein wegen des Besitz- und Nutzungsverlustes eingreifen, obwohl der Verkäufer - wie oben ausgeführt - über-

---

179) Vgl. Baur, § 59 V 4, S. 577 ff.; Klauß, § 5, Anm. 462 - 464; Selb, JZ 1959, 588; Petermann, DRpfl. 1958, 173; Serick, S. 301 - 307

haupt nicht in der Lage ist, die Zwangsvollstreckung des Drittgläubigers in die Abzahlungssache zu verhindern? Der Lehre, die im Unterlassen der Intervention den vom Verkäufer veranlaßten Besitzverlust sieht, kann man nicht beipflichten.

Mit Recht hat das LG Köln [180] darauf hingewiesen, daß der Besitz- und Nutzungsverlust mit dem Verkäufer nichts zu tun hat. Der Grund für den Besitzverlust liegt allein in der von dem Gläubiger des Käufers veranlaßten Pfändung und Versteigerung. Die Ursache des Besitz- und Nutzungsverlustes besteht vielmehr in dem eigenen Verschulden des Käufers, weil der Käufer seinem Drittgläubiger gegenüber säumig geworden ist. Wenn man in diesem Fall die Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG annimmt, wird sogar die Voraussetzung, auf die sich die herrschende Meinung oft beruft, daß der Käufer auf Veranlassung des Verkäufers den Besitz und die Nutzungsmöglichkeit einbüßt, **preisgegeben.**

Da der Besitz- und Nutzungsverlust des Käufers mit der Veranlassung des Verkäufers keinen Zusammenhang hat, stellt die Literatur auf eine andere Begründung ab, wonach es darauf ankommt, ob der Verkäufer Kenntnis von der bevorstehenden Zwangsvollstreckung des Drittgläubigers hatte oder er den Nutzungsentzug gebilligt hat [181]. Auf diese Weise versucht die Literatur, das Bindeglied zu § 5 AbzG zu finden und die Rücktrittsfolge des § 5 AbzG auszulösen, wenn der Verkäufer Kenntnis von

---

180) LG Köln, NJW 1958, 504

181) Wangemann, NJW 1958, 505; Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 95; **Klauß, Anm. 458 f.; Schnitzer, Diss., S. 127 u. 136. Nach** Schnitzer müsse § 5 AbzG zur Anwendung kommen, wenn der Verkäufer den durch die Zwangsvollstreckung des Drittgläubigers veranlaßten Nutzungsentzug billigt.

der Zwangsvollstreckung des Drittgläubigers hatte und die Abzahlungssache mangels Intervention des Verkäufers durch den Drittgläubiger versteigert wurde. Mit dieser Begründung kann man aber die Anwendung des § 5 AbzG auch nicht rechtfertigen. Wie oben erörtert, ist der Verkäufer nicht zur Intervention verpflichtet, deswegen hat die Entscheidung, ob der Verkäufer Kenntnis von der Zwangsvollstreckung hatte oder den Nutzungsentzug gebilligt hat, für den Tatbestand des § 5 AbzG keine Bedeutung. Abgesehen von der Schwierigkeit, wie man die Billigung oder die Kenntnis des Verkäufers von der Zwangsvollstreckung feststellen kann, hat diese Lehre einen subjektiven Unsicherheitsfaktor in das Problem eingeführt. Um des Schutzes der Rechtssicherheit willen muß man eine solche Begründung ablehnen.

Auch die von Klauß und Crisolli-Ostler [182] zusätzlich gegebene Begründung überzeugt nicht, daß nämlich die Fiktion des § 5 AbzG wirksam werden muß, wenn der Verkäufer gegen den Drittgläubiger den Bereicherungsanspruch geltend macht, weil eine Verneinung des fiktiven Rücktritts zu dem unmöglichen Ergebnis führen würde, daß der Verkäufer weiterhin neben dem Versteigerungserlös den vollen Kaufpreis verlangen könne. Der Abzahlungsverkäufer wolle sich mit dem Anspruch nach § 812 BGB den wirtschaftlichen Wert der Kaufsache zuführen und sei deshalb auch so zu behandeln, als ob er die Sache wieder an sich nehme.

---

182) Klauß, § 5, Anm. 458 ff.; Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 95; Fuld, Gruch 39, 572; Crisolli, § 5, Anm. 86

Der Verkäufer kann zwar vom Drittgläubiger den Erlös gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB herausverlangen [183], aber das Surrogat der Sache ist nicht mehr mit dem Surrogat des Erlöses gleich. Denn der Erlös ist zunächst in analoger Anwendung von § 1247 Satz 2 BGB an die Stelle des Vorbehaltseigentums getreten mit der Wirkung, daß der Vorbehaltsverkäufer nunmehr Eigentümer des Geldes geworden ist. Jedoch hat er sein Eigentum infolge der Aushändigung des Erlöses an den Drittgläubiger wieder verloren, weil der Drittgläubiger das Eigentum am Geld kraft staatlicher Zwangsgewalt erworben hat [184]. Deswegen zieht der Verkäufer nicht einmal das Surrogat der Sache an sich, sondern höchstens das Surrogat des Erlöses, dessen Rest nach § 818 ZPO oder sogar nur einen Teil davon, weil etwa der Kaufpreisrest gering ist [185]. Folgendes Beispiel möge die Sachlage verdeutlichen: z. B. macht der Restkaufpreis 1.000,-- DM aus, die Forderung des Drittgläubigers gegen den Käufer beträgt 1.500,-- DM. Die Sache wird für 2.000,-- DM versteigert. Abzüglich der Kosten von 200,-- DM befriedigt sich der Drittgläubiger aus dem Erlös für seine Forderung von 1.500,-- DM. Den Rest von 300,-- DM muß der Gerichtsvollzieher dem Käufer übergeben. Wenn der Verkäufer von dem Drittgläubiger den Erlös verlangt, soll er nur 1.000,-- DM bekommen, weil das Interesse des Drittgläubigers des Käufers berücksichtigt werden muß und der Eigentumsvorbehalt hinsichtlich des Restkaufpreises die Bedeutung eines Pfandrechts enthält. Hier kann der Verkäufer entweder von dem Drittgläubiger nach

183) Serick, S. 299 und die Literatur und Rechtsprechung, auf die in Anm. 29, S. 299, hingewiesen ist.

184) Serick, S. 299 und seine Anm. 30 - 32

185) So auch Selb, JZ 1959, 587

§ 812 BGB den Verlust von 1.000,-- DM oder von dem Käufer den Restkaufpreis von 1.000,-- DM verlangen. Aber der Verkäufer darf nicht einerseits von dem Drittgläubiger des Käufers und gleichzeitig von dem Käufer den Erlös und den Restkaufpreis verlangen. Denn der Eigentumsvorbehalt sichert dem Verkäufer nur den noch nicht bezahlten Restkaufpreis von 1.000,-- DM. Hier muß sich das Interesse des Verkäufers an dem Eigentumsvorbehalt auf den Restkaufpreis beschränken [186]. Der Verkäufer kann nicht als Volleigentümer ohne Beschränkung den ganzen Erlös über seinen Restkaufpreis hinaus verlangen. Die von Klauß und Crisolli-Ostler [182] vertretene Ansicht, daß der Verkäufer im Fall der Zwangsvollstreckung Dritter neben dem Versteigerungserlös den vollen Kaufpreis verlangen könne, ist nicht haltbar. Daher kann man nicht die Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG allein darin sehen, daß der Verkäufer gegen den Drittgläubiger den Bereicherungsanspruch nach § 812 BGB geltend macht.

Es ist festzustellen, daß die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG nicht durch die Tatsache allein ausgelöst wird, daß ein Gläubiger des Käufers ohne Intervention des Verkäufers in die Abzahlungssache vollstreckt und damit die Sache dem Käufer entzogen wird oder der Verkäufer nach der Beendigung der Zwangsvollstreckung gegen den Dritt-

---

186) Vgl. Blomeyer, AcP 162, 193 ff.; Martens, NJW 1962, 1849; Baur, 5. Aufl., § 56 II und § 59; Raiser, S. 91 ff.

Gläubiger den Erlös gemäß § 812 BGB verlangt. Die Lehre, die die Zwangsvollstreckung des Drittgläubigers in Zusammenhang mit dem § 5 AbzG zu bringen versucht, entfernt sich zu weit von der eigentlichen Bedeutung des Abzahlungsgesetzes. Einer solchen Lehre ist nicht beizupflichten.

2. Die Vollstreckung durch den Gläubiger des Abzahlungsverkäufers

Wenn der Verkäufer sich sein Eigentum an der Abzahlungssache vorbehalten hat, kann der Gläubiger des Verkäufers den Zugriff auf die sich im Gewahrsam des Käufers befindliche Abzahlungssache versuchen, weil die Abzahlungssache noch zum Vermögen des Verkäufers gehört. Der Gläubiger des Verkäufers kann die Zwangsvollstreckung aufgrund des Zahlungstitels gegen den Verkäufer in die Abzahlungssache betreiben, wenn der Käufer selbst gegenüber dem Verkäufer in Zahlungsverzug und zur Herausgabe bereit ist (§ 809 ZPO). In diesem Fall wird die Abzahlungssache ohne Einwand des Käufers ihm entzogen und verwertet, um die Forderung des Gläubigers aus der noch dem Verkäufer gehörenden Abzahlungssache zu befriedigen.

Aber wenn der Käufer trotz seines Zahlungsverzugs zur Herausgabe der Sache nicht bereit ist, so darf der Gläubiger nicht in die Sache vollstrecken. Der Gläubiger muß zuerst den Herausgabeanspruch des Verkäufers gemäß §§ 846, 847 ZPO pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Danach kann er gegen den Käufer die Klage auf Herausgabe erheben und den Herausgabeanspruch gemäß §§ 883, 884 ZPO

vollstrecken [187]. In diesem Fall handelt es sich um die Vollstreckung eines Herausgabeanspruchs. Deswegen tritt die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG bereits mit der Herausgabeklage ein [188]. Da der Gläubiger nicht aus seiner eigenen Rechtsposition die Herausgabe der Abzahlungssache, sondern aus der des Verkäufers verlangt, kann die Rechtsstellung des Käufers sich nicht dadurch verschlechtern, daß der Dritte die Herausgabe mit Hilfe eines Pfändungsbeschlusses und einer Anordnung auf Herausgabe nach §§ 846, 847 ZPO betreibt [189]. Die Herausgabeklage bezüglich der Abzahlungssache löst die Rücktrittsfolge des § 5 AbzG aus und die Gegenansprüche des Käufers aus §§ 1, 2 AbzG werden durch das Gericht gleichzeitig berücksichtigt, wenn der Käufer sein Recht aus § 3 AbzG behauptet. Hier ist es unerheblich, ob der Gläubiger des Verkäufers ein am Abzahlungskauf unbeteiligter ist oder nicht. Ebensowenig ist es von Bedeutung, ob die Herausgabeklage durch den Verkäufer selbst oder durch den Gläubiger des Verkäufers erhoben wird. Denn gemäß § 404 BGB kann der Käufer dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren. Die Vorschriften der §§ 1 - 3, 5 AbzG müssen schon in diesem Fall auf das Erkenntnisverfahren Anwendung

---

187) Vgl. Baumbach-Lauterbach, § 847 ZPO, Anm. 2 C; Serick, § 12 I 2, S. 292

188) Herrschende Meinung, Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 83; Klauß, Anm. 386 und NJW 1950, 766; Aubele, § 5, Anm. 23; Rühl, S. 261; Hörle, Gruch 55, 193; Cremer, Diss., S. 29 f.; Paetsch, S. 69; RGZ 139, 206 und 144, 64; BGH LM Nr. 2 zu § 6 AbzG; BGH, Urt. vom 13. 10. 1965 in NJW 1965, 2399

189) Serick, S. 292

finden, nicht erst im Vollstreckungsverfahren [190].

Sehr fraglich ist der Fall, daß der Gläubiger des Verkäufers die Zwangsvollstreckung aufgrund seines Zahlungstitels gegen den Verkäufer in die Abzahlungssache betreibt, weil der Käufer zur Herausgabe bereit ist. Hier fragt es sich, ob in diesem Fall eine Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG vorliegt. Wenn man von dem oft zitierten Grundsatz des RG und BGH [191] oder von der Ansicht Crisolli-Ostlers [192] ausginge, so könnte in diesem Fall eine Wiederansichnahme liegen. Denn die Abzahlungssache wird einerseits auf Veranlassung des Verkäufers entzogen, weil der Gläubiger wegen der Nichtzahlung des Verkäufers die Zwangsvollstreckung verursachte. Andererseits kommt der Erlös oder der Wert der Sache dem Verkäufer dadurch zugute, daß seine Schuld gegenüber dem betreibenden Gläubiger um diesen Betrag gemindert wird, während der Käufer den Restkaufpreis weiter bezahlen muß, obwohl er die Sache verliert. Dieser Ansicht ist aber nicht zu folgen. Entscheidend ist, ob der Käufer die Zwangsvollstreckung des Drittgläubigers des Verkäufers in die in seinem Gewahrsam befindliche Sache dulden muß oder nicht. Diese Frage ist zu verneinen. Der Käufer kann bei

---

190) So auch Eichelhardt, Diss., S. 80

191) RGZ 139, 205; 146, 182; BGHZ 15, 171; 15, 241; "Es kommt nicht darauf an, ob der Verkäufer den alleinigen Besitz der Kaufsache zurückverlangt, sondern darauf, ob der Käufer auf Veranlassung des Verkäufers den Besitz und damit die Nutzungsmöglichkeit einbüßt."

192) Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 95; Klauß, § 5, Anm. 458; Fuld, Gruch 57, 572; Wangemann, NJW 1958, 504

der Pfändung der Abzahlungssache durch den Gläubiger des Verkäufers die Herausgabe verweigern, obwohl er gegenüber seinem Verkäufer in Zahlungsverzug ist. Denn der Käufer vertritt seinen Zahlungsverzug zwar gegenüber dem Verkäufer, jedoch nicht gegenüber dem Gläubiger des Verkäufers. Der Gläubiger darf kein Recht gegenüber dem Käufer geltend machen, weil keine rechtliche Beziehung zwischen dem Käufer und dem Gläubiger vorliegt. Durch Ablehnung der Herausgabe kann der Käufer den Gläubiger des Verkäufers zwingen, den Weg der Herausgabeklage zu wählen. Erhebt der Gläubiger gegenüber dem Käufer die Herausgabeklage, so wird die Herausgabeklage als Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG angesehen, weil hier der Gläubiger aus der Rechtsposition des Verkäufers die Herausgabe der Abzahlungssache verlangt. Der Käufer verliert in diesem Fall nicht umsonst den Besitz der Abzahlungssache.

Außerdem ist der Käufer auch zum Besitz der Sache verpflichtet; er darf die Vorbehaltssache nicht einem Dritten übertragen [193]. Er darf sie während seiner Besitzzeit gebrauchen und benutzen, aber er hat die Vorbehaltssache pfleglich zu behandeln und alles zu unterlassen, was das Eigentum des Verkäufers beeinträchtigen könnte [194]. Wenn aber der Käufer trotz der Verpflichtung, den Besitz nicht aufzugeben, und ohne Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung die Sache dem Gläubiger des Verkäufers freiwillig zurück-

193) Vgl. Rühl, S. 106; Serick, § 7 III 3
194) Vgl. Serick, § 7 III 3

gibt, kann der Käufer nicht gegenüber dem Verkäufer die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG behaupten. Denn der Käufer versetzt den Verkäufer durch sein Verhalten, für das er haftet, in die Lage, die Sache zurücknehmen zu können. Überdies betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache hier nur aufgrund seines Zahlungstitels gegen den Verkäufer, also nicht etwa aus der Rechtsposition des Verkäufers gegenüber dem Käufer. Der Zahlungstitel des Gläubigers hat überhaupt nichts mit dem Restkaufpreis des Verkäufers zu tun. Das Abzahlungsgesetz wirkt eben nur zwischen den am Abzahlungsgeschäft Beteiligten, also zwischen dem Abzahlungsverkäufer und dem Abzahlungskäufer. Deswegen kann die Rücktrittsfiktion nicht durch die Zwangsvollstreckung eines am Abzahlungsgeschäft Unbeteiligten ausgelöst werden, auch wenn der Käufer in diesem Fall den Besitz an der Sache verliert. Wenn der Verkäufer aufgrund einer anderen Forderung als der des Restkaufpreises in die Abzahlungssache vollstrecken darf, ohne daß dadurch die Rücktrittsfiktion ausgelöst wird [195], muß das gleiche auch für den Fall der Drittvollstreckung gelten, falls der Käufer zur Herausgabe bereit ist.

Festzustellen ist, daß der Käufer der Zwangsvollstreckung des Gläubigers des Verkäufers widersprechen und auf den Weg der Herausgabeklage verweisen muß, so daß die Rücktrittsfiktion gemäß § 5 AbzG bei der Erhebung der Herausgabeklage ausgelöst wird. Anderenfalls erlangt die Rücktrittsfiktion keine Geltung.

---

195) Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 123; Klauß, Anm. 402; Palandt, § 5, Anm. 3 b; Pauli, Diss., S. 54; Alberty, DR 1939, 1776

3. Kapitel:

Eigene Stellungnahme zur Anwendung des § 5 AbzG

I. Rücktritt und Wiederansichnahme im allgemeinen

Wenn der Käufer seiner Zahlungsverpflichtung nicht mehr nachkommt, kann der Verkäufer das vorbehaltene Rücktrittsrecht oder das gesetzliche Rücktrittsrecht gemäß § 326 BGB ausüben und von dem Vertrag zurücktreten. Falls der Verkäufer sich sein Eigentum an der Sache vorbehalten hat, ist er nach § 455 BGB zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt [196]. Im Fall des Abzahlungskaufs besteht zudem eine Rücktrittsmöglichkeit gemäß der besonderen Regel des § 5 AbzG. Der Rücktritt vom Vertrag kann ausdrücklich oder konkludent erklärt werden. Die Rücktrittserklärung ist im BGB nicht mit dem Herausgabeverlangen der Vorbehaltssache gleichzusetzen; [197] deswegen kann der gewöhnliche Vorbehaltsverkäufer, liegt kein Abzahlungskauf vor, aufgrund seines Eigentums gemäß § 985 BGB oder aufgrund eines persönlichen Rückforderungsrechts die Sache wieder an sich nehmen, ohne von dem Kaufvertrag zurückzutreten [198]. Wenn aber der Vorbehaltskauf ein Abzahlungskauf ist, wird die Wiederansichnahme der Sache gemäß § 5 AbzG als Ausübung des Rücktrittsrechts des Abzahlungsverkäufers angesehen und dadurch der Abzahlungskauf aufgehoben.

---

196) Vgl. Serick, § 7 II 2, S. 131; Larenz, Schuldrecht II, § 39 II b, S. 79

197) Vgl. Serick, § 7 II 3, S. 132

198) Vgl. Serick, a.a.O., S. 133

Stellt der Abzahlungskäufer seine Zahlung ein und übt der Abzahlungsverkäufer sein Rücktrittsrecht aus, so spielt die Anwendung des § 5 AbzG überhaupt keine Rolle. Nur wenn der Abzahlungsverkäufer bei Nichtzahlung des Restkaufpreises aufgrund seines Eigentumsvorbehalts oder aufgrund eines vertraglichen Rücknahmerechts die Sache außergerichtlich oder gerichtlich zurückverlangt, ist es fraglich, wann der Abzahlungsverkäufer die Sache im Sinne des § 5 AbzG wieder an sich nimmt. Da das AbzG den Begriff der Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG nicht definiert, bedarf die Wiederansichnahme einer überzeugenden Auslegung. Nach dem Wortlaut des § 5 AbzG muß der Abzahlungsverkäufer die Sache wieder an sich nehmen, d. h. dem Käufer den Besitz der Sache nehmen und sich in den Besitz setzen. Aber nach § 3 AbzG sind im Falle des Rücktritts die beiderseitigen Leistungen Zug um Zug zurückzugewähren. Würden die Rücktrittsfolgen gemäß § 5 AbzG erst dann eintreten, wenn der Verkäufer den Gewahrsam an der Sache bereits wieder erlangt hat, so ginge der Käufer des Vorteils der Rückgewähr der beiderseitigen Leistungen Zug um Zug verlustig. Darum muß die Vorschrift des § 5 AbzG immer im Zusammenhang mit § 3 AbzG gelesen werden. Man darf im Hinblick auf den Schutzzweck der §§ 1 - 3 AbzG die Bestimmung des § 5 AbzG nicht wörtlich verstehen, sondern sie bedarf bei der systematischen Auslegung einer Beschränkung.

II. Die Auswirkung des Eigentumsvorbehalts auf die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG

Nach der Rechtsprechung und Lehre kann das ernstlich begründete Rückgabeverlangen des Verkäufers eine Wiederansichnahme bedeuten [199]. Die Erhebung der Klage auf Herausgabe der Abzahlungssache wird als Wiederansichnahme angesehen, soweit die Herausgabeklage des Verkäufers begründet ist [200]. Dieser Auslegung ist im Hinblick auf die §§ 1 - 3, 5 AbzG im Ergebnis zuzustimmen, aber sie bedarf einer Klarstellung in theoretischer Hinsicht. Wenn der Verkäufer die Herausgabeklage erhebt oder außergerichtlich die Herausgabe der Sache verlangt, erscheint es notwendig zu prüfen, ob der Verkäufer dem Käufer das Eigentum unbedingt übertragen oder sich das Eigentum an der Sache vorbehalten hat. Denn ein Eigentumsvorbehalt oder ein vertragliches Rücknahmerecht hat für die Anwendung des § 5 AbzG große Bedeutung.

1. Der Fall ohne Eigentumsvorbehalt

Im Fall des unbedingt übertragenen Eigentums ist der Abzahlungskäufer Eigentümer. Wenn der Käufer seiner Zahlungsverpflichtung nicht mehr nachkommt, kann der Verkäufer nur das vorbehaltene Rücktrittsrecht oder das gesetzliche Rücktrittsrecht gemäß § 326 BGB ausüben und alsdann die Sache zurück-

---

199) Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 86 - 87; Klauß, Anm. 383 u. 388; Palandt, § 5, Anm. 3 b; Hörle, Gruch 55, 193; Plum, JW 1933, 910; Erman-Weitnauer-Klingensporn, § 5, Anm. 2 a) bb)

200) H.M., Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 83; Klauß, Anm. 386 f. und NJW 1950, 766; Aubele, § 5, Anm. 23; Rühl, S. 261; Hörle, Gruch 55, 193; Cremer, Diss., S. 29 f.; Paetsch, S. 69; RGZ 139, 206 und 144, 64; BGH LM § 6 AbzG Nr. 2; BGH, Urt. v. 13. 10. 1965, in NJW 1965, 2399

fordern. Ohne einen begründeten Rücktritt vom Vertrag hat der Verkäufer kein Recht, die Sache zurückzuverlangen. Selbst wenn der Rücktritt begründet und wirksam ist, kann der Verkäufer nicht aufgrund des § 985 BGB die Sache herausverlangen, weil der Verkäufer kein Eigentümer ist und ein begründeter Rücktritt nur obligatorisch wirkt. Daraus ergibt sich, daß im Fall des unbedingt übertragenen Eigentums das Herausgabeverlangen nur auf ein Rücktrittsrecht gestützt werden und nur bei begründetem Rücktritt Erfolg haben kann. Deswegen ist das außergerichtliche Herausgabeverlangen des Verkäufers oder die Erhebung der Herausgabeklage als ein konkludent erklärter Rücktritt zu erblicken, falls der Verkäufer den begründeten Rücktritt nicht ausdrücklich erklärt. Hier bedarf es grundsätzlich keiner ausdehnenden Auslegung, die sich mit dem Wortlaut des § 5 AbzG schwerlich vereinbaren ließe [201].

Wenn der Verkäufer sich zwar kein Eigentum an der Sache vorbehält, aber der Abzahlungsvertrag eine besondere Abrede aufweist, wonach der Verkäufer beim Eintritt bestimmter Voraussetzungen zur Rücknahme der Abzahlungssache berechtigt sein soll, so ist die Abrede gültig. Z. B. wird vereinbart, daß der Verkäufer bei Verzug des Käufers mit einer Rate ohne Rücktritt vom Vertrag die Sache zurücknehmen darf, während das Rücktrittsrecht vom Vertrag dem Verkäufer erst nach einem Verzug mit mehreren Raten zusteht [202]. In diesem Fall ist das Herausgabeverlangen des Verkäufers oder die Erhebung der

---

201) So auch Alberty, DR 1939, 1776

202) Vgl. Klauß, § 5, Anm. 391; Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 64

Herausgabeklage als Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG anzusehen, wenn der Verkäufer die Herausgabe der Sache auf das ihm vertraglich eingeräumte Rücknahmerecht stützt. Eine solche Rückforderung des Verkäufers darf man nicht einfach als eine konkludente Rücktrittserklärung ansehen, wenn der Verkäufer ausdrücklich ohne Zweifel seinen Willen erklärt, daß er vom Vertrag nicht zurücktreten will; sonst würde dem Willen des Verkäufers Gewalt angetan. Wenn dagegen der Verkäufer mangels des Rücknahmerechts bei dem gerichtlichen oder außergerichtlichen Herausgabeverlangen ausdrücklich seinen Willen bekundet, nicht vom Vertrag zurücktreten zu wollen, so ist sein Herausgabeverlangen unbegründet. Der Käufer kann die Herausgabe verweigern; die Klage auf Herausgabe der Sache ist als unbegründet abzuweisen. In diesem Fall bleibt der Abzahlungsvertrag unberührt. Das Herausgabeverlangen oder die Erhebung der Herausgabeklage ist daher weder als eine konkludente Rücktrittserklärung noch als die Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG anzusehen. Falls der Käufer dem Verkäufer die Sache zurückgegeben hat, obwohl dieser sie zu Unrecht herausverlangt hat, kann der Käufer die Sache aufgrund seines Eigentums wieder zurücknehmen. Auch hier greift § 5 AbzG nicht ein. Man darf nicht allein wegen des rein äußerlichen Besitzerwerbs an der Sache die Rechtsfolgen des § 5 AbzG eintreten lassen, ohne die zugrunde liegende Rechtsbeziehung zu berücksichtigen; andernfalls würde § 5 AbzG den Abzahlungskäufer nicht schützen können, sondern ihn eher schädigen.

2. Der Fall mit Eigentumsvorbehalt

Im Fall des Eigentumsvorbehalts ist der Abzahlungsverkäufer Eigentümer. Solange der Käufer die ihm obliegenden Verpflichtungen erfüllt, hat er ein Recht zum Besitz aufgrund des Abzahlungsvertrages. Wenn der Verkäufer die Sache aufgrund des ihm vorbehaltenen Eigentums nach § 985 BGB herausverlangt, kann der Käufer dem dadurch begegnen, daß er gemäß § 986 BGB ein Recht zum Besitz geltend macht. Dieses Recht zum Besitz kann der Verkäufer nur durch den begründeten Rücktritt vom Vertrag beseitigen. Wenn aber der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug kommt, erlischt sein Besitzrecht. In diesem Fall kann der Verkäufer die Sache ohne Rücktritt vom Vertrag aufgrund des ihm vorbehaltenen Eigentums nach § 985 BGB zurückfordern [203]. Der BGH hat aber vor kurzem entgegen dieser Auffassung entschieden, daß der Verkäufer aufgrund des Eigentumsvorbehalts nicht schon bei Zahlungsverzug des Käufers Herausgabe der Kaufsache verlangen kann, sondern erst, wenn er gemäß § 455 BGB vom Kaufvertrag zurückgetreten ist oder die gemäß § 326 BGB gesetzte Nachfrist fruchtlos abgelaufen ist [204]. Nach dieser Entscheidung soll der Weg zur Rücknahme der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten

---

203) Die bis vor kurzem ganz h. M. So Larenz, Schuldrecht II, 9. Aufl., § 39 II b; Erman, BGB, 4. Aufl., § 986, Anm. 3; Klauß, Anm. 386 - 389; Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 63 - 66; Serick, S. 131 ff., 136 ff.; Rühl, S. 92, 105 und 264; Lange, JuS 1963, 59; Palandt, BGB, § 455, Anm. 5; Staudinger, 11. Aufl., § 455, Anm. 45

204) BGH, Urt. v. 1. 7. 1970 in NJW 1970, 1733 = JuS 1970, 535; Vgl. auch Zörh, NJW 1971, 87

Ware für den Verkäufer nur noch ausschließlich über den Rücktritt vom Kaufvertrag gehen, da nur dieser Rücktritt das Besitzrecht des Käufers beseitigt [205]. Der vom BGH vertretenen Ansicht ist nicht beizupflichten [206]. Obwohl der BGH die neue Auffassung vertritt, verliert für den Bereich des Abzahlungsgesetzes der § 5 AbzG nicht völlig seinen Sinn, weil außerhalb des Eigentumsvorbehalts oft ein zusätzliches Rücknahmerecht ausdrücklich im Abzahlungsvertrag vereinbart wird.

Da sich der Verkäufer das Eigentum vorbehalten hat, steht ihm das Rücktrittsrecht aus § 455 BGB auch dann zu, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt. Die Voraussetzungen eines begründeten Herausgabeverlangens aus § 985 BGB decken sich hier also mit den Voraussetzungen des dem Verkäufer im Zweifel aus § 455 BGB zustehenden Rücktrittsrechts [207]. Verlangt der Verkäufer wegen des Zahlungsverzugs gerichtlich oder außergerichtlich die Herausgabe der Sache, so kann das Herausgabeverlangen gleichzeitig die Ausübung des aus § 455 BGB entstehenden Rücktrittsrechts bedeuten; deswegen ist das Herausgabeverlangen als eine konkludente Rücktrittserklärung anzusehen. Sofern der Verkäufer bei dem Herausgabebegehren ausdrücklich erklärt, daß er vom Vertrag nicht zurücktreten will, scheidet zwar ein konkludent erklärter Rücktritt aus, aber die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG greift wegen seines

---

205) Diese Meinung wird von der Lehre vertreten, z. B. Baur, 6. Aufl., § 59 III 1 C mit Fußn. 1; Blomeyer, JZ 1968, 691 ff.; Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 84 IV I a

206) Diese Frage gehört nicht zu der Aufgabe dieser Arbeit. Hier wird diese Frage nicht behandelt.

207) Vgl. Schnitzer, Diss., S. 37

Herausgabeverlangens aufgrund des Eigentums Platz. Wenn also der Verkäufer sich das Eigentum vorbehält und die Sache mit Recht herausverlangt, erlischt der Abzahlungsvertrag, sei es aufgrund der Rücktrittsfiktion gemäß § 5 AbzG, sei es aufgrund der konkludenten Rücktrittserklärung vom Vertrag.

Rühl meint, mache der Verkäufer von seinem persönlichen Rückforderungsrecht oder von seinem Herausgabeanspruch (§ 985) Gebrauch, so sei darin, soweit nicht das Abzahlungsgesetz zur Anwendung gelange, keine Rücktrittserklärung zu erblicken [208]. Diese Ansicht ist richtig, aber eine solche Unterscheidung zwischen bloßer Rückforderung und konkludenter Rücktrittserklärung ist dann nicht mehr nötig, wenn das Abzahlungsgeschäft dem Abzahlungsgesetz unterliegt und der Verkäufer wegen Zahlungsverzugs aufgrund seines Eigentumsvorbehalts die Sache herausverlangt. Denn einerseits sind die Voraussetzungen der Ausübung des Rücknahmerechts und des Rücktrittsrechts gleich, andererseits ist die Rücktrittsfolge infolge der Ausübung beider Rechte im Ergebnis keine andere. Falls das Rücktrittsrecht aus § 455 BGB ausnahmsweise durch Vereinbarung ausgeschlossen ist, so ist der Verkäufer zum Rücktritt nur gemäß § 326 BGB berechtigt. Wenn die Voraussetzungen des § 326 BGB vorliegen, ist das Herausgabeverlangen der Sache als stillschweigende Rücktrittserklärung anzusehen. Solange ein konkludenter Rücktritt aufgrund des § 326 BGB nicht angenommen werden kann, kann das Herausgabeverlangen allein auf den Eigentumsvorbehalt gestützt

---

208) Rühl, S. 256

werden. Hier greift die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG Platz. Andernfalls ist das Herausgabeverlangen unbegründet. Daraus ergibt sich, daß im Fall des Eigentumsvorbehalts grundsätzlich in dem gerichtlichen und außergerichtlichen Herausgabeverlangen ein konkludenter Rücktritt vom Abzahlungsvertrag erblickt werden muß, falls der Verkäufer den Rücktritt nicht ausdrücklich erklärt. Ausnahmsweise wird das gerichtliche oder außergerichtliche Herausgabeverlangen als Wiederansichnahme des § 5 AbzG angesehen, wenn der Verkäufer aufgrund seines Herausgabeanspruchs (§ 985 BGB) die Sache verlangt und andererseits ausdrücklich erklärt, daß er nicht vom Abzahlungsvertrag zurücktreten will.

III. Das Herausgabeverlangen aufgrund des Eigentumsvorbehalts

Im Fall der Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG ist fraglich, wann bei einem gerichtlichen Herausgabeverlangen die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG eingreift. In Lehre und Rechtsprechung wird die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG überwiegend an die Erhebung der begründeten Herausgabeklage geknüpft [209]. Schnitzer ist der Meinung, daß es für die fingierte Wiederansichnahme bei der Vollstreckung aus dem Herausgabetitel nur auf den Tatbestand der Verkündung des Herausgabeurteils ankommen könne, da erst in diesem Zeitpunkt mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit feststehe, daß der Verkäufer-Gläubiger nunmehr die Wegnahme aufgrund des vorläufig vollstreckbaren oder rechtskräftigen Heraus-

209) RGZ 139, 208; 144,62; BGH LM Nr. 2 zu § 6 AbzG; BGH, NJW 1965, 2399; Rühl, S. 261; Hörle, Gruch 55, 193; Klauß, Anm. 386; Aubele, § 5, Anm. 23; Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 83

gabetitels betreiben werde [210]. Nach Schnitzer kann der Verkäufer ohne Auslösung der Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG das Herausgabeurteil erwirken, wenn der Verkäufer aufgrund des Eigentumsvorbehalts ausnahmsweise mit dem Willen des Nichtrücktritts vom Vertrag die Herausgabeklage erhebt. Er meint, man solle dem Verkäufer in diesem Fall die Herausgabeklage aufgrund des Eigentumsvorbehalts als Druckmittel gegen den Käufer geben; deswegen solle § 5 AbzG während der Erhebung der Herausgabeklage nicht zum Zuge kommen. Erst bei der Verkündung des Herausgabeurteils greife der § 5 AbzG Platz, denn vor der Verkündung des Herausgabeurteils könne man nicht feststellen, ob die Herausgabeklage begründet sei, außerdem könne der Verkäufer die Klage zurücknehmen [211].

Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen. Denn es ist bedenklich, daß der Verkäufer den Herausgabetitel ohne Auslösung der Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG im Prozeß erwirken kann, obwohl die Herausgabeklage aufgrund des Eigentumsvorbehalts erhoben wird. Man kann zwar erst nach der Verkündung des Urteils die Begründetheit der Herausgabeklage erkennen, aber eine begründete Herausgabeklage kann materiellrechtlich rückwirkend von Erhebung der Klage an die Rücktrittsfiktion ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Verkündung des Urteils auslösen. Im Hinblick auf die §§ 1 - 3 AbzG ist der Tatbestand des Nutzungsverlustes oder des Besitzverlustes insoweit unnötig, als der Verkäufer im Prozeß seinen Eigentumsvorbehalt geltend macht. Ferner bleibt die

---

210) Schnitzer, Diss., S. 201

211) Schnitzer, Diss., S. 199, Anm. 379 u. S. 200

Rücktrittsfolge des § 5 AbzG im materiellrechtlichen Bereich unabhängig von der prozessualen Handlung, auch wenn der Verkäufer die Herausgabeklage zurücknimmt [212].

Da Schnitzer die Auslösung der Rücktrittsfiktion in der Verkündung des Herausgabeurteils sieht, kann der Käufer die Rechte aus §§ 1 - 3 AbzG nicht mehr im Prozeß gegen den Verkäufer rechtzeitig geltend machen, weil der Abzahlungsvertrag vor der Verkündung des Herausgabeurteils noch gültig ist. Deshalb besteht bei Schnitzer das Bedürfnis, erst im Stadium der Zwangsvollstreckung die materiellrechtlichen Wirkungen der §§ 1 - 3 AbzG einzubeziehen [213]. Er sieht das Zurückbehaltungsrecht des Käufers aus § 3 AbzG in der Einwendung im Sinne des § 767 ZPO, weil die Rücktrittsfiktion erst mit Verkündung des Herausgabeurteils, also nach Abschluß der letzten mündlichen Verhandlung erfolgt [214]. Durch die Einrede des § 3 AbzG könne der Käufer im Rahmen des § 767 ZPO eine Vollstreckungsabwehrklage erheben und erreichen, daß die Zwangsvollstreckung aus dem Herausgabetitel Zug um Zug gegen die Zahlung des zuviel geleisteten Kaufpreises für zulässig erklärt werde [215].

---

212) Vgl. Serick, § 9 II 2, S. 184 ff.
213) S. Schnitzer, Diss., S. 201 bis 204
214) S. Schnitzer, Diss., S. 203
215) S. Schnitzer, Diss., S. 204

Es ist meiner Ansicht nach überflüssig, einen solchen Umweg zu machen. In der Praxis besteht keine Schwierigkeit für den Käufer, wenn man die Auslösung der Rücktrittsfiktion in der Erhebung der Herausgabeklage sieht. Denn der Käufer kann einen Eventualantrag gegen den Verkäufer stellen. Wenn z. B. der Käufer glaubt, daß er sich überhaupt nicht in Verzug mit den Ratenzahlungen befindet, kann er im Prozeß beantragen, die Klage des Verkäufers abzuweisen und ihn im Fall der Begründetheit der Klage nur Zug um Zug gegen Rückzahlung der bisher bezahlten Raten zur Herausgabe der Sache zu verurteilen. Soll man den Käufer in seinem rechtlichen Interesse aus den §§ 1 - 3 AbzG schützen, so muß sich die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG möglichst an die Erhebung der Herausgabeklage knüpfen.

Die Erhebung der Klage auf Herausgabe der Abzahlungssache und das ernstliche außergerichtliche Herausgabeverlangen werden grundsätzlich als konkludente Rücktrittserklärung bzw. als Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG angesehen; deswegen muß die Rücktrittsfolge bereits an den Zeitpunkt des Herausgabeverlangens oder der Erhebung der Herausgabeklage anknüpfen. Daher hat die Vollstreckung des Herausgabetitels lediglich die Bedeutung der Durchsetzung des Titels. Im Stadium der Vollstreckung des Herausgabetitels ist von der Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG nicht mehr die Rede. Maßgebend ist hier nur die ZPO, jedoch nicht das Abzahlungsgesetz. Denn der Abzahlungskauf ist bereits in dem oben genannten Zeitpunkt aufgelöst und das materiellrechtliche Rückgewährverhältnis aus §§ 1 - 3 AbzG ist auch schon im Urteil

beseitigt, wenn der Käufer seine etwaigen Ansprüche aus §§ 1 - 3 AbzG im Prozeß geltend gemacht hat. Falls er sich auf das Recht aus §§ 1 - 3 AbzG nicht rechtzeitig berief, muß er eine neue Klage erheben. Hier stehen dem Käufer keine Rechte aus §§ 767, 769 ZPO zu. Unerheblich ist, ob der Verkäufer seinen Herausgabetitel durchsetzt oder nicht. Wenn der Verkäufer aufgrund seines Herausgabetitels in die Abzahlungssache vollstreckt, werden die Wegnahme der Abzahlungssache durch den Gerichtsvollzieher und die Übergabe der Abzahlungssache an den Verkäufer nicht als Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG angesehen.

Wenn sich der Verkäufer das Eigentum an der Abzahlungssache vorbehielt und im Konkurs des Käufers das Aussonderungsrecht gerichtlich oder außergerichtlich geltend macht, ist dies als Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG anzusehen. In diesem Fall taucht keine vollstreckungsrechtliche Frage auf, weil die Geltendmachung des Aussonderungsrechts den privatrechtlichen Tatbestand des § 5 AbzG erfüllt.

IV. Ergebnis

In Bezug auf die Zwangsvollstreckung des Abzahlungsverkäufers in die Abzahlungssache ist fraglich, ob in der Erwirkung oder in der Vollziehung des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung eine Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG vorliegt, die die Rücktrittsfolge auslöst. In der Literatur wird diese Frage verschieden beantwortet.

Nach § 916 ZPO dient der Arrest der Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen. Wenn die Besorgnis vorhanden ist, daß ohne den Arrest die Vollstreckung des Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde, besteht der Arrestgrund für den dinglichen Arrest (§ 917 Abs. 1 ZPO). Erwirkt der Verkäufer zur Sicherung seiner Kaufpreisforderung einen dinglichen Arrest, so erfüllt dies überhaupt nicht die Voraussetzungen des § 5 AbzG, denn eine solche Erwirkung eines Arrestes ist wie die Erwirkung eines anderen Vollstreckungstitels wegen der Kaufpreisforderung nicht auf die Herausgabe der Sache gerichtet. Selbst wenn die Abzahlungssache aufgrund des Arrestes gepfändet wird und der Gerichtsvollzieher dem Käufer die Sache wegnimmt, bedeutet dies keine Wiederansichnahme der Sache [216]. Die Vollziehung des Arrestes ist wie die Zwangsvollstreckung wegen des Kaufpreises in die Abzahlungssache zu behandeln, denn nach der hier vertretenen Ansicht soll § 5 AbzG im Zwangsvollstreckungsverfahren keine Anwendung finden.

Gemäß § 935 ZPO sind einstweilige Verfügungen in bezug auf den Streitgegenstand zulässig, wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Wenn der Abzahlungsverkäufer sich das Eigentum an der Sache vorbehält und sein Eigentum in Gefahr ist, etwa weil er es durch Unterschlagung des Käufers verlieren würde oder der Käufer die Sache schlecht

---

216) Im Ergebnis wie hier Ostler-Weidner, § 5, Anm. 142 - 143; Klauß, § 5, Anm. 443; Aubele, § 5, Anm. 25
A.A. Serick, § 9 II 5, S. 196; Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 143

behandelt, so kann unter den Voraussetzungen des § 935 ZPO dem Käufer die Verfügung über die Abzahlungssache mit einer einstweiligen Verfügung verboten werden oder die Herausgabe der Sache an den Gerichtsvollzieher angeordnet werden. In diesem Fall ist die Einleitung des Verfahrens meiner Ansicht nach als Rücktrittserklärung bzw. Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG anzusehen [217], wenn der Verkäufer im Verfahren seinen Eigentumsvorbehalt geltend macht und Erlaß der einstweiligen Verfügung erwirkt. Denn hier stellt die einstweilige Verfügung auf die Sicherung der Herausgabe der Abzahlungssache ab. Sie muß genau wie der Fall der Herausgabeklage aufgrund des Eigentumsvorbehalts behandelt werden. Der Verkäufer erhebt normalerweise zugleich die Herausgabeklage, um einen Vollstreckungstitel zu erwirken. Wenn aber der Verkäufer statt der Herausgabeklage die Klage auf Kaufpreiszahlung erhebt, ist die Klage auf die Kaufpreiszahlung deshalb abzuweisen, weil die Rücktrittsfolge bereits im Verfahren der einstweiligen Verfügung ausgelöst wurde.

Die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in das bewegliche Vermögen erfolgt zuerst durch die Pfändung; es folgt die Verwertung entweder durch die öffentliche Versteigerung oder nach § 825 ZPO.

---

217) A.A. Ostler-Weidner, § 5, Anm. 144; Die überwiegende Lehre sieht in der Vollziehung der einstweiligen Verfügung die Wiederansichnahme, z. B. Klauß, § 5, Anm. 446; Crisolli-Ostler, § 5, Anm. 144; Serick, § 9 II 5, S. 196; RGZ 1939, 205; Aubele, § 5, Anm. 25; Cremer, Diss., § 7, S. 41

Diese verschiedenen Vollstreckungsmaßnahmen stellen nur auf die Erfüllung der titulierten Geldforderung ab. Ohne Pfändung der Sache darf die Sache nicht verwertet werden; durch die Pfändung allein wird der Zweck der Befriedigung nicht erreicht. In diesem Sinne muß das ganze Vollstreckungsverfahren als ein einheitliches, sich auf die Erfüllung richtendes Vollstreckungsvorgehen angesehen werden. Wie die Sache durch das Vollstreckungsorgan verwertet wird, hat keine besondere Bedeutung für den Vollstreckungsgläubiger, weil er nur das Ziel hat, sich aus dem Vermögen des Schuldners für seine Forderung zu befriedigen. Der Gerichtsvollzieher muß aufgrund des Vollstreckungsantrages die Vollstreckung bis zum Ende durchführen können, soweit der Verkäufer mit seiner Forderung noch nicht befriedigt ist und die Abzahlungssache nicht unter die nach § 811 ZPO unpfändbaren Gegenstände fällt. Der Vollstreckungsschuldner wird durch § 811 ZPO ausreichend geschützt. Es besteht kein Grund, den Abzahlungskäufer im Vollstreckungsverfahren als Vollstreckungsschuldner besonderer Art deshalb zu behandeln, weil er die Sache auf Abzahlung gekauft hat, obwohl viele andere nicht vom Abzahlungsgesetz geschützte Vollstreckungsschuldner ohne Ausnahme den vollstreckungsrechtlichen Grundsätzen unterliegen müssen, die in Wahrheit wirtschaftlich schwächer als der Abzahlungskäufer sein können.

Das Abzahlungsgesetz ist ein privatrechtliches Sondergesetz, das nur einen Ausschnitt aus dem gesamten Rechtsleben umfaßt, nur einen speziellen Personenkreis betrifft und ihm einen besonderen Schutz angedeihen lassen will [218]. Bei einer grundsätzlichen

---

218) So Ewald, AcP 159, 83

Kollision mit Grundsätzen eines alle Rechtsteilnehmer betreffenden Rechtsgebietes wie dem Zwangsvollstrekkungsrecht wird man daher geneigt sein, letzterem den Vorrang einzuräumen [218]. Denn das Vollstreckungsrecht als öffentliches Recht hat einen vom Privatrecht zu unterscheidenden Charakter und wird geprägt von Grundsätzen, die für alle Rechtsgenossen gleichermaßen gelten.

Außerdem zeigen die Rechtsprechung und die herrschende Meinung eine dogmatische Inkonsequenz, wenn sie zunächst die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung wegen der Geldforderung in die Abzahlungssache annehmen müssen und später bei der Versteigerung die Rechtgrundlage der Erfüllung verneinen. Es ist nicht zu verstehen, warum die titulierte Forderung in diesem Zeitpunkt plötzlich und automatisch ohne Erfüllung untergehen muß, obwohl der Gerichtsvollzieher die Vollstreckung gesetzmäßig durchführt. Wenn die Rechtsprechung und die h.M. im Falle der Zwangsvollstreckung den § 5 AbzG ohne Beschränkung ausdehnend auslegen, begünstigen sie die arglistigen zahlungsfähigen Abzahlungskäufer, die wegen ihres mangelnden Interesses an der Abzahlungssache oder aus Arglist absichtlich den Restkaufpreis nicht bezahlen. Sie ermuntern die Abzahlungskäufer zur Nichtzahlung; dies ist aber nicht der Schutzzweck des Abzahlungsgesetzes.

Die ausdehnende Auslegung des § 5 AbzG sollte sich nach der hier vertretenen Ansicht auf den Bereich der privatrechtlichen Tatbestände beschränken, d. h. die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache muß von der Anwendung des § 5 AbzG ausgeschlossen werden. Denn durch die erweiterte Auslegung des § 5 AbzG im Bereich der privatrechtlichen Tatbestände entsteht nicht die Gefahr, daß, wie bei der Anwendung des § 5 AbzG

Zwangsvollstreckung, die titulierte Restkaufpreisforderung ohne Sinn bei der Verwertung wegfällt. Unerheblich ist, ob die Zwangsvollstreckung aufgrund des Herausgabetitels oder des Zahlungstitels durchgeführt wird. Nur wenn die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache von der Anwendung des § 5 AbzG ausgeschlossen wird, kann man die dogmatischen Schwierigkeiten und die unbilligen Ergebnisse vermeiden. Daraus ergibt sich, daß die bisherige Rechtsprechung des BGH und die herrschende Lehre insoweit unhaltbar sind, als sie in der Zwangsvollstreckung die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG eintreten lassen.